RACCOLTA DI MANUALI

DI

DIRITTO, DI ECONOMIA POLITICA, DI STATISTICA E DI FINANZA

pubblicata sotto la Direzione

del Comm. GIUSEPPE SAREDO

MANUALE

DI

STORIA DEL DIRITTO ITALIANO

RACCOLTA DI MANUALI

DI

DIRITTO, DI ECONOMIA POLITICA, DI STATISTICA E DI FINANZA

pubblicata sotto la Direzione

del Comm. GIUSEPPE SAREDO

MANUALE

DI

STORIA DEL DIRITTO ITALIANO

MANUALE

DI

STORIA DEL DIRITTO ITALIANO

DALLE INVASIONI GERMANICHE AI NOSTRI GIORNI

PER

GIUSEPPE SALVIOLI

Professore ordinario di Diritto nella R. Università di Palermo.

ROMA — TORINO — NAPOLI

UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE

33, VIA CARLO ALBERTO, 33

1890

ALLA CARA MEMORIA

DI MIO FRATELLO GAETANO

GIÀ PROFESSORE DI PATOLOGIA GENERALE

NELL'UNIVERSITÀ DI GENOVA

MORTO A XXXV ANNI IL XXII OTTOBRE MDCCCLXXXVIII

INDICE

Sezione Seconda. — *Periodo feudale e comunale.*

Sezione Terza. — *Diritto romano e giurisprudenza.*

Sezione Quarta. — *Legislazione moderna.*

PARTE TERZA

Diritto pubblico italiano.

PARTE QUARTA

Storia del Diritto privato.

Sezione Prima. — *Il diritto delle persone.*

Sezione Seconda. — *Diritto famigliare.*

Sezione Terza. — *Diritto delle cose.*

Sezione Quarta. — *Diritto successorio.*

Sezione Quinta. — *Diritto delle obbligazioni.*

Sezione Sesta. — *Diritto feudale e nobiliare.*

PARTE QUINTA

Storia del procedimento civile e criminale.

PARTE SESTA

Storia del Diritto penale.

PREFAZIONE

Eccovi il mio *Manuale* — il primo *Manuale di storia del diritto italiano,* che si pubblica. Nessun'opera scolastica di questo genere possiede finora la nostra letteratura: manca ancora un trattato, che, in servizio degli studi universitari, esponga brevemente tutta la vasta materia della nostra storia giuridica.

L'impresa a cui, or sono quattro anni, mi accinsi, aveva grandi seduzioni, quella della novità e l'altra di soddisfare ad un bisogno provato tanto dagli studenti e dagli aspiranti alle carriere giudiziarie, quanto dagli avvocati e da quelli che per ragioni di cultura desiderano avere chiare e sommarie notizie intorno al nostro antico diritto. Nè buono nè cattivo, nè grosso nè piccolo avevasi questo manuale: eppure nulla era più necessario. Nelle scuole tutti gli insegnanti hanno avvertito che se è sempre pericoloso lasciare che lo studente commetta le cose udite a pochi appunti, a frasi sparse, il pericolo è maggiore per la storia del diritto, scienza di fatti e d'osservazione, esposizione di rapporti delicati, di istituti che richiedono grande precisione nel concepirli, e che traggono dietro

ALLA CARA MEMORIA

DI MIO FRATELLO GAETANO

GIÀ PROFESSORE DI PATOLOGIA GENERALE

NELL'UNIVERSITÀ DI GENOVA

MORTO A XXXV ANNI IL XXII OTTOBRE MDCCCLXXXVIII

lungo seguito di nomi varii e poco noti, di date, di opinioni di scrittori, ecc. Nè il pericolo è evitato colle lezioni stenografate che, essendo per lo più affidate a persone mal pratiche, non servono che a diffondere errori, inesattezze. Si aggiunga che la storia del diritto italiano, materia vastissima, non può essere generalmente tutta trattata nella scuola, nè bastano anche a una rapida scorsa in tutti i suoi campi i due anni di studio che vi vogliono giustamente consacrati gli attuali regolamenti (e che alcuni non ancora persuasi della grande importanza che ha questa disciplina anche come *metodo*, vorrebbero ridurre); cosicchè richiedesi un libro che la riassuma tutta e ne presenti il quadro completo.

Il libro adunque era necessario; ma a farlo grandi erano le difficoltà, tutte dipendenti dalla circostanza che la storia del diritto italiano è la più giovine fra le discipline giuridiche, e appena ha messo le ali. Nessuna di queste difficoltà mi dissimulai nè ritenni che a me toccasse vincerle. Il mio scopo non doveva essere quello di fare quella storia completa del diritto italiano che il lavoro di molti non ha ancora prodotto e darà solo col tempo, di presentare quell'opera originale e perfetta che può riescire solo dal concorso assiduo di lezioni di studiosi; ma il mio còmpito doveva limitarsi a raccogliere le nostre conoscenze e i risultati ultimi ottenuti dalla scienza nostrana e straniera sui punti più importanti della storia del diritto italiano.

Ora, se questa disciplina è agli esordii, va da sè che il mio *Manuale*, come tutti i primi tentativi, lungi dall'essere perfetto, doveva avere ed avrà lacune, conterrà inesattezze, e sarà facilmente superato da ogni indagine speciale che possa essere intrapresa intorno a un dato argomento:

imperocchè non havvi capitolo che non aspetti pazienti e diligenti investigatori, nè periodo nè regione che non abbisognino di molti e molti studii. Poco del nostro antico diritto si è finora da noi esplorato, nè prossimo vedesi il giorno in cui tutto conosceremmo chiaramente: ma questa imperfezione delle nostre cognizioni non che distogliermi dal presentare brevemente raccolto quello che si sia, mi spingeva anzi, convinto che non si può senza un libro innamorare i giovani della scienza e famigliarizzarli con essa. Se così poco finora si è fatto, se tutti non son ben compresi dell'importanza e grandezza di questi studii, malgrado il grande amore che vi mettono gli insegnanti, ciò dipende anche dal fatto che i giovani non hanno il modo di vedere nell'assieme questa storia, conoscerla in tutte le sue parti, informarsi delle questioni, della letteratura. Un libro di questo genere, per quanto imperfetto, può sempre servire; e la scuola è solo profittevole quando l'uditore si è preparato ed ha colto nel libro le linee generali degli istituti che poi la viva parola dell'insegnante illustrerà con notizie, con raffronti, con testi di legge, colle idee intermedie, cogli sviluppi successivi.

Con questo libro mi sono appunto proposto di tracciare le grandi linee della materia, presentare in rapida sintesi l'evoluzione degli istituti e la ragione delle cose e delle dottrine giuridiche, dare i mezzi primi per estendere le ricerche, segnare il necessario a conoscersi e i punti di partenza, indicare quello che è la storia del nostro diritto, far intravvedere quanto resta a fare. Io ho lavorato pei giovani e per la scuola; e sarei già compensato delle mie fatiche, se potessi (come gli autori dei manuali che escirono in Germania al principio di questo secolo, e che son ben poca cosa in confronto dei moderni) fecondare nuovi

studi, ispirare amore a nuove ricerche, diffondere il metodo storico nelle ricostruzioni del diritto.

Ecco quanto ho voluto fare: come l'abbia fatto lo dirà il benevolo ed intelligente lettore, al quale è pure superfluo che io dia spiegazioni sul metodo seguito, sulle partizioni, sulla preferenza data alla forma sistematica sulla cronologica, ecc. Per questo e per il resto io ripeterò col mio Tassoni: " E valga il buon voler, se altro non vale ".

Palermo, 20 aprile 1890.

GIUSEPPE SALVIOLI.

INTRODUZIONE

CAPO I.

CONCETTO E IMPORTANZA DELLA STORIA DEL DIRITTO ITALIANO.

1. Poichè le leggi che regolano la vita giuridica di un popolo non sono l'invenzione arbitraria di uno o più individui, di una generazione o di un'epoca storica, nè il loro contenuto è solo formato da forme logiche, ma sono il frutto dell'evoluzione di concetti, usi e consuetudini preesistenti, il prodotto degli sforzi e delle esperienze dei legislatori e dei giureconsulti, è chiaro che esse non possono studiarsi isolate dalle loro origini e dalla loro formazione. Investigare queste origini, lo svolgimento delle leggi, gli elementi che le compongono, le forze che le hanno modificate, e mostrare i vincoli che uniscono le legislazioni passate colle attuali, ecco l'oggetto della storia del diritto.

Pochi studii sono più interessanti e più utili nel campo delle scienze morali. La storia del diritto è piena di insegnamenti pel filosofo, per lo storico e pel giurista. Il primo segue negli sviluppi successivi del diritto le condizioni necessarie della vita morale degli individui e vede sotto le manifestazioni più diverse, quali siano gli elementi permanenti dell'ideale della giustizia e quali quelli che sono espressione dello spirito nazionale. Lo storico vi cerca il segreto delle istituzioni politiche e il valore storico di esse. Al giurista la storia del diritto dà il senso vero delle istituzioni civili del suo tempo, perchè il presente anche dopo le rivoluzioni morali e sociali più profonde si collega al passato per vincoli tali che non si potrebbero rompere senza renderlo un enimma. Solo la storia facilita la retta interpretazione della legge, spiegando le cause che la originarono, le necessità cui soddisfece, le intenzioni del legislatore, le trasformazioni subìte nel corso dei tempi: solo essa indica le leggi che presiedono allo sviluppo generale del diritto e a quello dei diritti nazionali e locali, e la connessione tra il diritto e le condizioni sociali ed economiche, ed offre insegnamenti per la riforma e il miglioramento della legislazione. La sua necessità non è più contestata dopo il rinnovamento degli studii storici.

L'idea del nostro Vico che se la regola del giusto è immutabile, indipendente dai tempi e dai luoghi, la sua applicazione, non essendo che un rapporto, secondo la definizione delle leggi date da Montesquieu, deve mutare secondo i tempi, i luoghi e le condizioni di civiltà, è riconosciuta come un assioma.

2 (*). Di speciale importanza è per noi la storia del diritto italiano. Nessuna legislazione ha origini così complesse quanto la nostra. Sua sorgente principale è anzitutto il diritto romano; e in seguito vengono quei diritti che hanno dominato in Italia dopo la caduta dell'impero d'Occidente, cioè il diritto germanico e il canonico, poi gli statuti, le costituzioni dei principi, infine il Codice Napoleonico, monumenti legislativi che vanno completati dall'immenso ed assiduo lavoro della giurisprudenza e dai principii nuovi che la filosofia e lo studio comparato dei diritti e il corso della civiltà stessa vi hanno portato. La storia del diritto italiano è quindi preliminare necessario, chiave di interpretazione, complemento indispensabile per lo studio dei nostri codici.

La materia e i limiti della trattazione sono indicati dallo stesso titolo. La storia del diritto italiano non tratta dello svolgimento del giure romano, nè dichiara le dottrine di esso la cui conoscenza presuppone, perchè le costruzioni scientifiche dei giureconsulti romani stanno come il fondo e la base principale del moderno diritto italiano e del passato dopo il secolo XIII. Invece essa inizia la sua trattazione coll'introduzione delle leggi germaniche conseguente alla caduta dell'impero romano, e intende limitarsi all'esposizione dei diversi elementi stranieri e poi nazionali che modificarono il diritto romano e riuscirono infine alla formazione del diritto italiano. Degli elementi stranieri precipuo è il diritto germanico. Anzitutto le nostre leggi vigenti contengono non poche traccie di esso derivanti sia da consuetudini nordiche venute fra noi colle invasioni e fino a noi durate, sia dalla recente importazione del codice francese che in sè contiene non piccola quantità di principii germanici; e queste traccie si fanno più sensibili e frequenti quanto più risaliamo nelle legislazioni passate, dalle quali abbiamo ereditato buona parte dell'attuale germanismo. Ora per scoprire questi avvanzi e vedere come si siano mescolati agli elementi nazionali, è necessità di buon metodo ricostruirli nella loro purità, presentare nella sua integrità e precisione l'organismo di cui erano parti vive, e di questo seguire le vicende e le modificazioni avvenute pegli sva-

(*) **Bibliografia.** — Salvioli, *Il metodo storico nello studio del diritto civile italiano* nel *Circolo giuridico*, an. XVI, 1885. Brandileone, *Di un indirizzo fondamentale negli odierni studii di storia del diritto* nel *Filangeri*, XIII, 1888. Tamassia, *L'elemento germanico nella storia del d. it.*, 1887.

riati contatti e far risaltare quello che si perdè e quello che sopravvisse. Questa ricostruzione del diritto germanico imposta da tali ragioni servirà ancora a far conoscere la vita giuridica italiana dal secolo VII al secolo XIII che nella maggior parte delle provincie era più germanica che romana, imperocchè storia non vuol dire soltanto svolgimento, ma ancora esposizione delle condizioni sociali, politiche, giuridiche di un popolo; e còmpito della storia del diritto italiano non è solo quello di preparare gli elementi per la conoscenza della nostra codificazione (*scire est per causas scire*), ma ancora quello di far conoscere le leggi e le istituzioni pubbliche e private di ogni singola epoca, tanto più quando una di queste epoche abbraccia sei o sette secoli di storia. La vita passata piucchè dalla serie cronologica degli avvenimenti, emerge dal carattere della sua civiltà e delle sue istituzioni. Quella e queste ne costituiscono la vera storia civile. Inoltre il periodo in cui dominò il diritto germanico, è quello in cui si prepararono i destini nostri. Il medio evo ha gravato con tutto il suo peso fino al principio di questo secolo sulla nostra vita politica, ha protratto la sua esistenza fino ai giorni nostri in non pochi istituti giuridici; non pochi nostri ordinamenti sociali si formarono sotto la sua azione, altri che da recente si sono estinti o si vanno liquidando sono integralmente sua creazione: e il medio evo, fino al secolo XII, è quasi tutto germanico. Da ciò la necessità di fare una gran parte nella storia del diritto italiano allo studio delle leggi e delle istituzioni germaniche pure, cioè ancora esenti dalle immistioni romane, canoniche e dai prodotti della civiltà, dottrina e legislazione italiana.

La parte del diritto germanico che riescì a perpetuarsi in Italia fu quella che essendosi profondamente radicata nelle patrie consuetudini, potè resistere ai forti colpi portati contro il germanismo, a cominciare dal secolo XIII, dal risorto diritto romano. Questo, creazione delle scuole italiane, non era l'antico giure di Roma, ma un diritto nuovo, diritto scientifico, che poi divenne il *jus comune* d'Europa. Esso, corrispondendo alla formazione di una nazionalità italiana quale risultò dai grandi avvenimenti che seguirono alla caduta dell'impero di Occidente, era un diritto tutto italiano o per meglio dire romano-italianizzato, intendimento del quale era accomodare le Pandette ai nuovi usi e bisogni, ai principii che sebbene venuti da altre correnti erano già divenuti essenziali nella coscienza giuridica italiana. Questo diritto è contenuto nelle opere dei nostri antichi giureconsulti a cominciare dai glossatori, i quali, con lavoro secolare di selezione e di adattamento, sul fondo romano fusero e ordinarono gli elementi germanici e canonici e quegli altri istituti che erano entrati nella pratica italiana, e dal diritto romano tolsero tutto quello che era incompatibile coi tempi

mutati e le nuove tendenze, riducendolo quale doveva essere per servire a una nazione formatasi dalla fusione di diversi frammenti di popoli. I giureconsulti italiani dal secolo XII al XVII furono i più diretti fattori della legislazione: di essa elaborarono gli istituti, formularono le dottrine, armonizzarono le diverse consuetudini formatesi e le disciplinarono scientificamente. Il diritto da loro composto è quello che in realtà è passato nei nostri codici, e quindi per la storia del diritto italiano tanto è necessaria la conoscenza del diritto romano di Giustiniano quanto del diritto romano di quei giuristi, ossia vuolsi la notizia delle variazioni che quello pei contatti germanici e canonici subì sotto la penna di questi giuristi, i quali come i prudenti dell'antica Roma, non solo chiarivano il senso della legge, ma, contorcendolo spesso, l'adattavano ai nuovi bisogni della vita pratica. Perciò gli scritti dei giureconsulti italiani dal secolo XII al XVII entrano come un elemento precipuo nello svolgimento storico del diritto nazionale, il quale specialmente per opera loro venne accostandosi ad una certa uniformità ed unità. Il loro studio è dunque essenziale per fare la storia del diritto italiano e per comprendere lo spirito e la parola delle nostre leggi.

Con ciò non è detto che non si debbano tener in giusto conto anche le leggi statutarie e le costituzioni dei principi, sulle quali immediatamente si fece sentire l'azione della giurisprudenza in alcune parti. In esse è contenuta la storia delle istituzioni giuridiche e del corso della civiltà dal secolo XIII al XVIII, non che il lavoro preparatorio di sei secoli per la codificazione moderna, lavoro compiuto dalla coscienza popolare e dalla scientifica ed inteso a combinare ed epurare il diritto romano, germanico e canonico e a trarre da essi quei frutti compatibili coi tempi e le idee mutate; lavoro infine che lentamente riuscì a fondare il diritto nuovo.

Infine la legislazione francese, che servì di modello e falsariga ai compilatori degli ultimi Codici italiani, che in molti punti spezzò le nostrane tradizioni per far posto a istituzioni e principii repugnanti alla nostra storia e non sempre soppressi dalle successive riforme, deve essere compresa nello studio della storia del diritto italiano. È opportuno però aggiungere che, grazie alla sua influenza, furono nelle leggi italiane accolti principii nuovi che dopo il secolo XVI un movimento importante di idee cercava introdurre nelle leggi e che la rivoluzione del 1789 fece trionfare.

CAPO II.

LETTERATURA E SCIENZE AUSILIARIE.

3. Lo studio della storia del diritto italiano con siffatti intendimenti data da pochi anni: essa è la più giovine delle nostre discipline giuridiche, ma già conta numerosi e valenti cultori e opere generali e speciali che onorano la scienza italiana (1). Se si eccettua il grande Muratori, il padre della storia italica, che illustrò profondamente la vita sociale, politica, religiosa ed economica del medio evo, nessuno storico o giurista dei secoli passati si accinse a trattare anche semplicemente delle antichità del diritto italiano nel medio evo (2). La mancanza della patria italiana impedì forse anche queste indagini generali, mentre invece alcune regioni, come Venezia, Napoli e Sicilia, ebbero speciali storie del diritto, perchè quelle regioni rappresentavano allora altrettante unità. Ma poichè anche tali storie per ragioni di critica e di metodo sono insufficienti, incomplete, non rispondenti agli scopi che deve avere la storia del diritto italiano, così anche i primi lavori di assieme condotti sopra di esse o con indagini speciali, rendono a noi ben pochi servizii. La *Storia della legislazione in Italia dalla fondazione di Roma ai giorni nostri* dell'Albini 1856 non traccia che vagamente i caratteri generali dei diversi periodi legislativi. Le *Istituzioni civili* del Forti (2 vol., 2ª ed., 1866) incompiute, insufficienti pel diritto germanico, limitate solo al diritto toscano, non entrano nella storia interna degli istituti. La *Storia della legislazione italiana* di Federico Sclopis (3 vol., 2ª ed., 1863) ha certamente i suoi pregi ed utilità specie pei tempi moderni; ma si limita all'esposizione della storia esterna delle leggi e non di tutte, perchè comincia col secolo XII, non tratta del diritto germanico, non studia l'essenza dei singoli istituti giuridici, nè le cause di loro variazioni: delle leggi presenta brevi sunti che fanno superficialmente conoscere le linee generali del sistema legislativo, ma che non dànno la storia e l'evoluzione del diritto.

Il solo grande lavoro complesso che segna un rinnovamento negli studii nostri è la *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione* del prof. Antonio Pertile di Padova (6 vol., 1873-88) dove per la prima volta sono esposti i singoli istituti del diritto pubblico e privato, penale e processuale

(1) Ricordiamo il Padelletti immaturamente rapito alla scienza. Di tutti menzioneremo gli scritti sotto le materie cui si riferiscono.

(2) Un'eccezione vuol fatta per Sigonio, m. 1584, *De regno Italiae*, 1580.

nelle loro origini, svolgimenti e modificazioni e secondo le molteplici leggi che hanno imperato in Italia attraverso a tredici secoli. La straordinaria quantità delle fonti usate e la immensa dovizia dei materiali raccolti la rendono una preziosa miniera di studii. A parte le lacune, i difetti, lo scarso uso di quella giurisprudenza che raccomandiamo, la distinzione non sempre serbata fra regioni e tempi, a parte anche le inesattezze che vi saranno, ma inevitabili in un'opera che non era preparata da lavori anteriori e di tali vaste proporzioni, ammirabile pel coraggio e l'instancabile pazienza che ha richiesto, la storia del Pertile ha già fondato la scienza storica del diritto italiano nelle sue linee principali, aprendo la via finora chiusa e intralciata dalla molteplicità delle leggi e orientando il ricercatore fra la quantità e varietà degli istituti, delle consuetudini e delle dottrine. Per quello che riguarda il diritto italico dopo il 1100, e laddove non si abbiano monografie complete e sicure, è soltanto alla Storia del Pertile che si può ricorrere per trovare notizie e informazioni almeno sui punti più rilevanti.

Posteriori alla storia del Pertile sono: la *Storia della legislazione italiana* di Vito Lamantia (1° vol., 1884) che si propone dare larghi sunti delle diverse leggi e statuti e la *Storia del diritto italiano* di Federico Ciccaglione (1° vol., 1884), intesa a presentare un quadro del diritto secondo le varie legislazioni. In quanto poi alle storie del diritto per le singole regioni d'Italia, ricordiamo: quella di Sclopis (1833) per il Piemonte, di Verri per Milano, di Capone per Napoli, di Lamantia (3 vol., 1859-74) e di Brünneck (1881) per la Sicilia.

4. Per la grande parte che ha nella storia del diritto italiano il diritto germanico, per la comunanza od analogia delle leggi e degli istituti che dal secolo VI al XII vi fu tra l'Italia e la Germania, le storie del diritto germanico sono utilissime pel nostro studio e in esse trovasi esposto, salvo poche differenze e particolarità, il diritto che ebbe vigore nella maggior parte d'Italia dopo la caduta dell'impero romano fino al 1100 circa. Queste storie sono numerose in Germania dove in tanto fiore furono e sono gli studii storici. Tralasciamo le antiche (Conrigio, Eineccio, Biener) e ricordiamo qui le principali e le più recenti che citeremo poi solo col nome dell'Autore:

Eichhorn (1781-1854), *Deutsche Staats-und Rechtsgeschichte* (Storia dello Stato e del diritto tedesco), 4 vol., 5ª ediz., 1854.

Walter, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2 vol., 2ª ediz., 1858.

Davoud-Oghlou, *Histoire de la législation des anciens Germains*, 2 vol., 1859-63.

Daniels, *Handbuch der deutsche Rechts-und Staatenrechtsgeschichte*, 4 vol., 1859-63.

Zoepfl, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 3 vol., 4ª ediz., 1871.

Schulte, *Histoire du droit et des institutions de l'Allemagne* (trad.), 4ª ediz., 1882 (in tedesco 5ª ed. 1881).

Siegel, *Lehrbuch d. deut. Rechtsgesch.*, 1886.

Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, 1887.

Schroeder, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgesch.*, I, 1887.

Fondamentali per lo studio dell'antico diritto germanico sono anche le seguenti opere che citiamo una volta per sempre:

Bethmann-Hollweg, *Der germanisch-romanische Civilprozess im Mittelalter*, 3 vol., 1868-74.

Gierke, *Deutsche Genossenschaftsrecht*, 3 vol., 1868-81.

Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, 1828 (3ª ediz., 1881).

Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrecht*, 2 vol., 1885-86.

Sickel, *Geschichte der deutschen Staatsverfassung*, I, *Der deutsche Freistaat*, 1879.

Sohm, *Altdeutsche Gerichts-und Reichsverfassung*, I, 1871.

Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, 5 vol., 1871-1885, (del 1° e 2°, ediz. 2ª, 1882-83).

Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschichte* (Storia della costituzione tedesca), 8 vol., 3ª ediz., 1880, del 1-2 vol., 2ª ediz. del 3-4, 1882-85, vol. 5-8, 1874-78.

Wilda, *Das Strafrecht der Germanen*, 1842.

Come pure fondamentali per la storia del diritto pubblico italiano nel medio evo sono:

Ficker, *Forschungen zur Reichs-und Rechtsgeschichte Italiens*, 4 vol., 1868-74 (il IV contiene documenti).

Hegel, *Storia della costituzione dei municipii italiani* (trad.), 1861.

Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo* (trad.), 3 vol., 1864-67 (2ª ed. ult. ediz. tedesca in 7 vol., 1834-57).

Schupfer, *Istituzioni politiche longobardiche*, 1863.

5. Alla storia del diritto furono e sono tuttora, in Germania e Francia, consacrate speciali pubblicazioni periodiche:

Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, 15 vol., 1815-50 (da noi citato Z. f. g. RW.).

Zeitschrift für Rechtsgeschichte, 13 vol., 1861-78: e la sua continuazione *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 1880 e segg. (da noi citato Z. f. RG.).

Revue de droit français et étranger, 4 vol., 1844-47 (R. de droit).

Revue historique de droit français et étranger, 15 vol., 1855-69 (citato: Rev. hist.).

Revue de législation ancienne et moderne française et étrangère, 6 vol., 1870-77 (Rev. de leg.).

Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, 1877 e segg. (citato: N. Rev. hist.).

Ma importanti lavori trovansi ancora nelle seguenti riviste generali giuridiche:

Archivio giuridico, diretto dal prof. Serafini, Pisa, 1868 e segg.

Rivista italiana per le scienze giuridiche, diretta dai proff. Schupfer e Fusinato, Roma, 1886 e segg.

Zeitschrift für deutsches Recht, 20 vol., 1839-61 (Z. f. d. R.).

Forschungen zur deutschen Geschichte, 1862 e segg. (Forsch. z. d. G.).

Archiv der Gesellschaft für altere deutsche Geschichtskunde, 12 vol., 1820-74, e *Neues Archiv, ecc.*, dopo il 1876 e segg. (N. Arch.).

Berlinere — Bayrische zu München — Wienere — Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaften, Classe storica e filosofica: (cit. Berl. Ak. — Münch. Ak. — Wien. Ak.).

6 (*). Sussidio indispensabile per la storia del diritto italiano sono la storia politica e quella delle istituzioni economiche (1). La connessione fra il diritto e le altre manifestazioni della vita sociale richiede che nello studio storico del diritto si tenga conto di tutti i fattori di questa vita i quali come influiscono sul diritto, sono alla lor volta da questo modificati. Di nessuno istituto giuridico può farsi idea esatta se non lo si riferisce alle circostanze politiche in cui nacque e si svolse e allo stato economico che preparò in gran parte la materia su cui si esercitò il diritto. Per la storia politica servono di preferenza gli *Annali* del Muratori, e le storie di Troya, La Farina, Vannucci, Cantù, Bertolini, Balbo, Emiliani-Giudici, Leo, Sismondi, Giannone, l'*Archivio storico italiano* del Viesseux, l'*Archivio veneto*, *lombardo*, *siciliano*, *romano*, *napoletano*, gli *Atti e Memorie delle Deputazioni di storia patria di Modena, Parma, Bologna, ecc.* (2).

7. Per l'intelligenza delle fonti e dei documenti sono necessarii:

Ducange-Henschel, *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, 7 vol., 1840 (nuova ediz. di Favre, 1883, segg.); col supplemento Diefenbach, *Glossarium latino-germanicum*, 1857: e i glossarii germanici

(*) **Bibliografia** — Phillips, *Ueber das studium der Geschichte in besondere Verhaltniss zu der Rechtswiss.*, 1846.

(1) Per la storia dell'economia politica nel medio evo, veggansi: Cibrario, *L'economia pol. nel m. e.*, 5ª ed., 1861; gli scritti di Bianchini, Cusumano, Cavalli, Toniolo, Inama-Sternegg, Lamprecht, Knies, Kautz. La bibliografia nei *Manuali* del Cossa. — Cfr. anche Arnold, *Recht u. Wirthschaft nach geschichtl. Ansicht*, 1863.

(2) Bibliografia storica italiana: Manzoni, 1876-79, Lozzi, 1886, Wattenbach, 1886; Potthast, *Biblioth. hist. m. aevi*, 1862; Lorenz, 1877.

pel medio evo di Adelung, Spelman, Schilter, Wachter, Haltaus. Westenrieder (1816). Per le lingue romanze, il dizionario del Diez (4ª ed., 1878). Per la critica dei documenti sono di aiuto i trattati di paleografia del Mabillon, Maffei, Wailly, Lupi, Gloria, Wattenbach (1886), ecc.; il calendario dell'Hampson, 1845 e del Weidenbach, 1835; i dizionari e gli atlanti geografici di Wolf (1877-87), Spruner-Menke (1880), dell'Oesterley (1882), del Droysen e Andree (1886).

Molti materiali forniscono alla storia del diritto i monumenti della chiesa, come i Concilii (ed. Labbé, Mansi, 31 vol., Harduin, Coleti. *Summa* del Carranza: Storia dell'Hefele), il *Bullarium magnum* (ed. di Torino, 1857 e segg.); gli *Acta Sanctorum*, ed. Bollandus, Henschen, Hecke, Smedt, Hooff, Backer (1642-1887), le collezioni di documenti diplomatici del Barbeyrac, del Dumont (11 vol., 1726-38), del Martens (dal 1761 ai nostri giorni), e infine le raccolte di documenti di ogni genere: Muratori, Graevius (*Thesaurus antiq. et histor. Italiae*, 1704-1722, 10 vol.), Canisius, D'Achery, Martene, Mabillon, Baluzio, Zaccaria, Ludewig, Pez, Hahn, Hoffmann, Moser, Gudenus, Haeberlin, Schoettgen e Kreysig, *Monum*, *Boica*, ecc. ecc.

8. La storia comparata dei diritti medioevali e moderni renderà ancora più fruttuoso lo studio storico del diritto italiano, poichè mostrerà come le diversi condizioni geografiche e il diverso carattere nazionale modifichino il diritto e quali cause producano diverse manifestazioni di vita politica, sociale e giuridica. Questi studii, la cui importanza fu riconosciuta già nel passato (Montesquieu, Vico, Filangeri, Amari), elevati ora all'onore di scienza esatta, grazie alle ricerche di Summer Maine, Freeman, Kohler, Post, Bernhöft, non sono ancora stati rivolti a questo campo speciale: perciò è ancora d'uopo consultare le storie del diritto dei singoli popoli; e fra queste citiamo:

per la Francia: Laferrière, Gautier, Ginoulhiac, Warnkoenig e Stein, Viollet (1886), Glasson (I-III vol., 1888-89, contin.);

Inghilterra: Reeves, Stubbs, Crabb, Hale, Glasson (6 vol. Paris, 1882-83).

Spagna: Sempere, Antequera, Visa, Fernandez Elias, Hinojosa (1° vol., 1887), Montesa y Maurique (8 vol., 1861-65).

Portogallo: Figueiredo, Feiro Silvio, Mellio (in lat. 1815) Ribeiro (4 vol. 1819).

Belgio: Warnkoenig.

Russia: Evers, Macieiowski (in ted. 4 vol. 1835-39).

Polonia: Lelewel.

Danimarca: Stiernhook, Kolderup-Rosenvinge, Homeyer, Maurer.

Germania: vedi § 4.

PARTE PRIMA

I GERMANI PRIMA DELLE INVASIONI

CAPO I.

ORIGINI E STORIA ANTICA DEI GERMANI (*).

9. I Germani appartengono alla grande famiglia dei popoli Arii (indo-europei) e derivano da quelle stirpi che nelle lotte secolari cogli Arii di India e di Persia, esaurita la propria vitalità, abbandonarono le avite sedi, migrarono dall'India, percorsero l'Est e il Nord d'Europa; e che nei tempi storici dai Greci furono trovati in sedi fisse nei territorii fra l'Oder e l'Elba, quasi prigioni dei Celti all'Ovest e degli Slavi all'Est. Di queste loro origini quasi nulla si conosce, giacchè per l'antichità essi non entrarono nella storia se non per quel tanto che Roma ebbe a fare con loro. Fin dall'alba della storia romana i Germani appaiono come il suo fondo nebbioso: ad intervalli arrivava in Italia qualche torma affamata a saccheggiare e a chiedere dimore; a intervalli Roma tremava al loro appressarsi. Ma chi fossero e d'onde venissero lo si ignorava; e questo mistero accresceva lo spavento.

Erano allora i Germani non un aggregato politico, ma una turba innumerevole e confusa di popoli e schiatte spesso in lotta fra loro, con lingue e consuetudini e culti molteplici e diversi, che però nei travolgimenti di lor migrazioni non avevano completamente perduta l'idea dell'essere nazionale, si erano mantenuti chiusi e scevri da infiltrazioni estranie, sebbene a tenerli uniti mancasse perfino un nome comune che tutti li comprendesse, poichè il nome

(*) **Bibliografia** — Tacitus, *Germania*, ed. Baumstark e Schweizer-Sidler. Caesar, *De Bello gallico*. Ammianus Marcellinus, Florus, Vellejus Paterculus, Eutropius.
Ozanam, *I Germani avanti il cristianesimo* (trad.), 1863; Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'hist.*, 1885; Zeuss, *Die Deutschen und ihre Nachbarstämme*, 1837; Bethmann-Hollweg, *Ueber die Germanen vor den Völkerwanderung*, 1850; Müllenhoff, *Deutsche Alterthumskunde*, 1870, 1883; Arnold, *Deutsche Urzeit*, 1879; Dahn, *Deutsche Geschichte*, I, 1883; *Urgesch. d. Germ. u. roman. Völker*, I, 1881; Kaufmann, *Die Germanen der Urzeit*, 1880; Waitz, I, 3ª ed., 1880; Pallmann, *Gesch. der Völkerwanderung*, 2 vol., 1863-64; Wietersheim (lo stesso tit.), 1880.

Germani è creazione celtica e l'altro *deutsch* (rad. *tiet*, popolo) è di assai tarda origine (sec. IX). Vivevano indipendenti fra di loro, e un'antica saga li partiva in quanto all'origine in tre rami, Istavoni, Ingavoni, Erminoni; i primi situati sulle due rive del Reno fino al mare, e ad essi appartenevano i Franchi; i secondi nel Jutland ed Holstein e comprendevano i Sassoni e Longobardi, i terzi nella Germania centrale dove abitavano i Bavari, gli Svevi, i Turingi. Questa divisione non ebbe nei tempi storici senso alcuno.

Erano popoli dati all'agricoltura, alla caccia e pastorizia che nulla sapevano della vita cittadina; ma il grande numero e la sterilità del suolo spingevanli continuamente in cerca di nuove sedi. La fama di terre fertili e di climi temperati indicava loro il sud e l'est d'Europa e più volte tentarono quella via, ma indarno, che le legioni romane li respinsero e presa l'offensiva li ricacciarono, ponendo la frontiera dell'impero al Reno e al Danubio. Così divisi e senza unità, Roma avrebbe forse trionfato di essi e la Germania sarebbe stata ridotta fra l'Oder e il Baltico, se sotto Tiberio o sotto Adriano si avesse avuto maggior perseveranza e non fossero prevalsi calcoli di gelosia o di opportunismo politico (1). Si sospesero le ostilità, si iniziarono rapporti militari, diplomatici e commerciali. Ma trovando ora i Germani nelle frontiere romane una barriera contro cui spezzavansi le loro invasioni, furono costretti a fissarsi più stabilmente nelle loro sedi, a unirsi in grandi masse compatte, sia perchè spinti dalle popolazioni dell' est, sia perchè sentissero il bisogno di maggiore unità contro i Romani, sia perchè ciò fosse il risultato del dissolversi delle piccole comunità e popolazioni che cercavano aggrupparsi sotto un unico capo. Come conseguenza appaiono nuovi popoli con nuovi nomi, gli Alamanni che occupano le provincie romane fra il Reno, il Meno e la Foresta nera, i Franchi che si stabiliscono sulla riva sinistra del Reno, i Sassoni che si fissano sull'Elba e poi invadono l'Inghilterra dove fondano un regno al V secolo, i Goti che si stendono verso la metà del secolo IV dal Mar Nero lungo il Don fino al Baltico.

10 (*). Dopo la metà del secolo IV i Romani accettarono queste invasioni come fatti compiuti e cercarono romanizzare i nuovi venuti e legarli all'impero. Conclusero trattati, e concessero loro larghi

(*) **Bibliografia.** — Mommsen, *Le provincie romane* (trad.), 1887; Geffroy, *Rome et les barbares*, 1874; Thierry, *Récits de l'hist. rom. au V.me siècle*, 1860; Léotard, *Essai sur la condition des barbares établis dans l'empire rom. au IV.me siècle*, 1873.

(1) Tacit., *Annal.*, I, 2: « (Augusto) addiderat consilium coercendi intra terminos imperii ».

territorii che coltivavano a titolo di *coloni* e di *adscriptitii*. La loro ammissione quali coltivatori fu regolata secondo il diritto del colonato già esistente (1). Era il colonato una posizione intermedia tra la libertà e la servitù (*deterior fortuna*), essendo il colono in teoria libero, capace di acquistare, tenuto a pagare per le terre che coltivava delle *annuæ functiones* al *patronus*, delle *annonariæ functiones* allo Stato, ma di fatto o di diritto legato con vincolo personale ed ereditario alla gleba, come *membrum terræ*. Questi coloni germanici, se erano utili all'agricoltura e servivano a popolare provincie deserte, lo erano anche all'esercito, dove, come i *milites limitanei*, combattevano per l'impero contro le irruzioni degli altri Germani, dovendo ogni *patronus* fornire alle legioni un numero di soldati (2).

Altri furono ammessi nelle legioni. Dopo Augusto fu modificato il servizio militare, e poichè le guerre lontane sul Reno o sul Danubio e la necessità di far stazionare truppe alle frontiere del nord, allontanarono i cittadini dalla milizia, furono assoldati barbari per opporsi alle invasioni di uomini della stessa razza. I Germani così assoldati vi ebbero condizioni differenti secondo che furono accettati come *populi fœderati* o come *laeti*. *Fœderati* erano quelli che passavano al soldo di Roma in virtù di un contratto, pel quale si obbligavano a prestare servizio militare, conservando i loro capi, ordini e usi. Generalmente erano retribuiti coll'*annona* o contribuzioni in natura fornite dagli abitanti delle provincie dove erano accantonati; e fu in loro favore che si introdusse il sistema dell'*hospitalitas*, sviluppato poi dai barbari nel periodo delle invasioni, sistema pel quale i possessori di terre alloggiavano i soldati come *hospites* che avevano un diritto indiviso sulle terre stesse.

I *laeti* (3) erano i barbari che dopo essere stati battuti e fatti

---

(1) Vogliono invece che il colonato tragga origine dal modo con cui i Romani distribuirono i Germani nelle terre dell'impero, Huschke, Savigny, Wenck, *Cod. Theod.*, V., 4, 3, pag. 284; Zumpt, *Ueber die Entstehung u. hist. Entwich. des Kolonats* nel *Rhein. Museum f. Philol.*, III., 1843, p. 143; Marquard, *Roem. Staatsverw.*, II, 233 segg.; Laboulaye, *Hist. du droit de propriété foncière en Occident*, 115-119.

(2) Sul colonato v. Savigny, *Vermischte Schriften*, II, 1; Revillout, *Rev. hist. d. droit*, 1857, III; Heisterbergk, *Entstehung des Colonats*, 1876; Fustel de Coulanges (o. c., cap. I, § 7); Esmein, *Mélanges d'hist. du droit*, 1886, p. 293; Lattes, *Studi stor. sul contratto d'Enfiteusi*, 1868, c. II, III e V; Baudi di Vesme e Fossati, *Vicende della propr. in Italia*, 193 segg.; Karlowa *Rom. Rechtsgesch.*, I, 1885, § 108, p. 918 segg.; Humbert, nel *Diction. des antiq. grecques et rom.*, 1885, voce *Colonat*.

(3) Roth, *Beneficialwesen*, 46 e Walter, *Stor. del dir. rom.*, I, 1851, § 394, assimilano i laeti ai *gentiles;* Contra Boecking, *Notitia dignit. occid.*, 1044, 1055, 1086.

prigionieri, erano stati accantonati in colonie militari sulle frontiere, che dovevano difendere: in cambio avevano ricevuto terre (*terræ laeticæ*) libere da imposte. Legati al suolo trasmettevano ai figli la loro condizione: erano organizzati in corporazioni e nei loro rapporti coll' impero si regolavano secondo il loro diritto nazionale.

Oltre queste truppe barbare, altri Germani assoldarono i Romani, altri aggregarono alle legioni stesse; e a poco a poco, dopo di aver germanizzato i confini, germanizzarono l'esercito tutto. Dopo Costantino i barbari erano in maggioranza nell'esercito: dopo Teodosio un romano militare è un'eccezione. Prima dell'irruzione violenta fuvvi un'invasione pacifica, che penetrò per le porte stesse che le leggi avevano schiuse, quelle dell'esercito e degli onori: furono elevati a *custodes corporis*, *prætoriani*, prefetti del palazzo, governarono l'esercito e lo stato, divennero i patroni di questa potestà romana, per la quale avevano tanta venerazione, che li aveva per tanti secoli combattuti e istruiti, mentre tanto sprezzo sentivano per gli imbelli provinciali. I loro condottieri vollero mantenere l'ordine esistente, essere investiti dall'imperatore e amministrare in suo nome. Tanto si imponeva il concetto dell'impero come universale ed eterno, che anche quando l'impero di Occidente fu travolto, i fondatori dei nuovi regni non credettero utile e definitiva quella dissoluzione: un sentimento indefinibile li ritenne dall'indossare questa porpora che era stata ai loro padri oggetto di venerazione e di terrore e fu loro ambizione ottenere i titoli di maestri dei militi, patrizii, consoli.

Ma i barbari conquistati alla maestosa potenza di Roma e difensori dell'impero non erano tutti i Germani: altri ve ne erano indomati, e questi nel secolo IV violarono le frontiere, passarono sopra i federati e i leti, e portarono terrore e desolazione anche in Italia. D'allora ricominciò il movimento di dislocazione, le irruzioni dei popoli nemici, le sollevazioni dei federati. I Goti e i Franchi entrarono nelle Gallie, i Vandali in Africa, i Borgognoni in Savoia, e altre invasioni fecero gli Unni, gli Alani, gli Svevi, ecc. Da quel momento si chiuse la storia del mondo romano in Occidente: altri popoli ne divennero gli arbitri; nuove idee e nuovi costumi entrarono nel crogiuolo dove doveva prepararsi la materia per la società moderna: l'evo antico era finito e si apriva il medio evo.

CAPO II.

CARATTERI E COSTUMI (*).

11. Erano i Germani un popolo semplice, nel fiore della giovinezza, nella pienezza delle forze indisciplinate, ma non selvaggio; con tutti i vizii e le virtù derivanti da una civiltà appena nascente, con tutti gli istinti rudi e malefici dei popoli barbari. Li animava spirito di indipendenza, o piuttosto tendenza ad abbandonarsi senza freno e misura alle loro passioni brutali. Li conduceva desiderio di libertà, ma libertà di fare il male. Avidi di possedere, affrontavano anche la morte più per amore del bottino che per disdegno della vita; nemici di ogni lavoro manuale e intellettuale che giudicavano indegno di un guerriero, soltanto il trionfo della forza fisica apprezzavano nelle scorrerie e nelle caccie, e gli intervalli passavano nell'ozio. Non quindi il paziente lavoro dei campi, ma occupazioni favorite, la guerra, la caccia: non industrie, non commercio, non moneta; sola ricchezza l'armento con cui facevano gli scambi e pagavano le pene. La vita cittadina si confaceva male a queste abitudini, cosichè rare erano le città e quelle poche opera dei Romani nei punti strategici, sulle rive dei fiumi o delle grandi strade che partendo dalla pietra migliare del Campidoglio percorrevano tutto il mondo fino agli estremi confini. I più vivevano isolati, in sedi temporanee, dove trovavansi pascoli per gli armenti che erano il loro alimento, in miserabili capanne, dove i figli crescevano senza cura alcuna, assieme ai servi, abituati alle fatiche e ai disagi fino dalla più tenera età, preparati per le armi che ricevevano solennemente appena in grado di portarle e che non abbandonavano più.

Nè mancavano le virtù proprie della loro civiltà bambina. Erano osservatori dell'ospitalità, amavano la gloria, onoravano il valore e il coraggio, veneravano i maggiori. La loro casa presentava ordine e soggezione quale non ammettevano fuori, nella vita politica. Avevano costumi austeri; santo il matrimonio, rari gli adulterii. La donna si sposava vergine e si dava una sola volta e

(*) **Bibliografia** — Oltre le op. cit. p. 1ª, capo I. Zeller, *Origines de l'Allemagne et de l'Empire germ.*, 1876, c. I e III; Dümmler (testimonianze degli scrittori antichi intorno ai Germani), *Forsch. z. d. G.*, XXIII; Waitz, I, c. 2; Holtzmann, *Germanistiche Alterthümer*, 1873; Simrock, *Deutsche Mythologie*, 1878; Grimm, *Deut. Myth.*, 4ª ed., 3 vol.; Müller, *Gesch. u. System d. deutsch. Religion*, 1844; Inama-Sternegg, *Deutsche Wirthschaftsgesch.*, I, 1879; Lamprecht, *Deut. Wirthschaftsleben*, I, 1886, cap. 4.

per sempre; e di rispetto e di onore era circondata. Non stava rilegata al fondo di un gineceo, lungi da ogni commercio cogli uomini, ma associata a tutti i pericoli, chiamata a tutte le feste. La superstizione le attribuiva una specie di prescienza divina e di influenza sopranaturale. Ciò le dava autorità grande, non limitata alle cinte dei tempii e delle foreste sacre. Nella famiglia come nella tribù, nelle assemblee popolari come nei campi di battaglia nessuna deliberazione importante era presa, senza l'intervento della religione, e quindi della sacerdotessa. Era la donna che tirava l'oroscopo, e nei caratteri runici gettati all'azzardo sul lenzuolo bianco essa leggeva la volontà dei numi.

Di lor religione poco si sa: secondo alcuni non si scorge nulla di ordinato nel domma e nel culto, non altre divinità fuorchè feticci, onorati da riti sanguinarii: secondo altri praticavano il culto della natura, e luoghi sacri erano foreste ed isole. Al tempo di Tacito essi avevano subìto l'influenza di altri popoli e adoravano divinità antropomorfiche, con complicata mitologia. Avevano sacerdoti che uguagliavano in potere i capi guerrieri: erano organi del popolo, da lui eletti, con carattere politico-giuridico. Presiedevano difatti alle assemblee, imponevano silenzio alle moltitudini non use a ubbidire, ed esercitavano in nome del Dio un'autorità di correzione non accordata ai capi civili e militari. Avevano per auspicii il volo e il canto degli uccelli, il nitrito dei cavalli bianchi che decidevano di tutte le faccende; e lasciavano il cielo di cui erano gli interpreti, governare le cose umane. Contavano il tempo dalle notti, osservavano gli astri, avevano i giorni fasti per la vita pubblica.

Semplice e rozza era la letteratura de' Germani, consistente in canzoni belliche e in poemi che tenevan luogo di annali, composti in lingua immaginosa, ma dura e aspra. Vi celebravano gli eroi, figli degli Dei e padri dei popoli, e questi canti animavano i guerrieri al combattimento. Tacito dice che non conoscevano scrittura, ma poi descrive i bastoni divinatorii portanti segni le cui combinazioni servivano a far conoscere l'avvenire: ciò basta a far supporre l'esistenza di un alfabeto consacrato a usi religiosi.

Tali le genti che invasero l'impero romano. Si suole dire che esse rinnovarono il sangue e sostituirono a una popolazione bastarda una giovine e vigorosa. Ma che portarono con sè per compiere questa grande opera? Invece di migliorare, il disordine che portarono, sospese e compromise i mutamenti necessarii che lo svolgersi della civiltà romana avrebbe portato con sè, abbassò il livello intellettuale, e furono soltanto le forze esistenti prima della invasione che ripresero il loro slancio e portarono la civiltà a un punto più elevato che nell'antichità, quando i nuovi venuti

erano stati assorbiti dalla vecchia popolazione. Fu la vita romana che fece rifiorire la civiltà quando gli antichi Germani si erano trasformati al punto da confondersi coi Romani.

CAPO III.

COSTITUZIONE POLITICA (*).

12. Le innumerevoli popolazioni germaniche, non soggette ai Romani nè incorporate a una provincia imperiale, formavano altrettante comunità (*civitates*) non federate fra esse, ma di regola autonome, le quali si componevano di piccole divisioni territoriali dette *centene* o *pagi* (gau) (1), che poi suddividevansi in tanti *vici* (*ort*), la cui riunione complessiva costituiva alla sua volta quella unità che Tacito indica col nome di *civitas*. Presso queste genti mancava il concetto di stato (2) e ne teneva il posto quello più ristretto e concreto di popolo e di tribù (stato gentilizio) giacchè base dell'ordinamento politico erano quelle piccole associazioni che si formavano fra alcune famiglie (da 20 a 40) le quali si erano fissate sopra un determinato territorio e davano origine a un *vicus* (3): cento di esse costituivano la centena, e più centene collegate fra loro formavano la tribù o *civitas* (*stamm*). Il vico però non aveva altro significato che di diritto privato e famigliare, e nessuna influenza nel diritto pubblico, se non per quanto riguarda la formazione dell'esercito in caso di guerra: il comune nel diritto pubblico era il *pagus*, la centena, risultante dall'unione di parecchi *vici*. Il concetto fondamentale del vico e quello della centena erano essenzialmente distinti, e l'uno e l'altro derivavano da due fatti diversi. L'idea del vico non era solo locale e reale, cioè non solo

(*) **Bibliografia** — Vedi op. cit., al cap. I, e Weiske, *Die Grundlagen der früheren Verfassung Deutschlands*, 1836; Thudichum, *Gau u. Markverfassung*, 1860; *Der altdeutsche Staat*, 1862; Baumstark, *Urdeutsche Staatsalterthümer*, 1873; Gemeiner, *Die Verfassung der Centenen*, 1855; Maurer, *Gesch. d. Fronhöfe. Gesch. d. Dorfverfass;* Waitz, I, 201, segg.; Sickel, I, cap. 1-4, 6-8; Brunner, § 16, 18; Schroeder, § 4; Pertile, § 1.

(1) La dominante dottrina identifica *pagus* e *centena:* Grimm, 532. Bethmann-Hollweg, I, 77; Sohm, 5; Waitz, I, 222; Sybel, *Entstehung des d. Koenigsthums*, 1881, 37; Geffroy, 209. Contro: Dahn, I, 9, 13; Sickel, I, 90.

(2) Così Sybel sullo stato gentilizio; Gierke, I, 25, sostiene che i Germani riguardassero lo Stato come una corporazione; Sickel, I, 10, 88, come un ente politico.

(3) Su questo sistema decimale v. Waitz, I, 147; Dahn, VI, 346.

si basava sulla residenza e sul possesso fondiario (Moser); ma ancora e contemporaneamente era personale, cioè condizionata alla parentela agnatizia (Sybel, Wilda) (1); quindi non solo divisione geografica, ma ancora vincolo di sangue. Invece la centena era una pura idea numerica, rispondente alla costituzione dell'esercito; dopo il tempo di Cesare e Tacito indicava anche una divisione territoriale, e allora il suo nome era dovuto al ricordo antico quando una schiera armata di cento uomini occupava una terra. Anche essa dovè avere in tempi antichissimi un carattere gentilizio; ma questo si smarrì, quando i Germani presero sedi stabili; e lo sostituì l'idea di un vincolo territoriale. Era un mezzo di coesione o di unione nato per la guerra, ma lo si mantenne anche in pace e servì come base per l'ordinamento giudiziario, poichè presso i Germani popolo ed esercito furono tutt'uno. La centena fu così un'accolta militare e giudiziaria sotto un *centenarius* o *princeps*.

Così se comunità politica esisteva era quella della *civitas*; era questa che faceva la pace o la guerra. Spesso quando un popolo diveniva troppo numeroso, si scindeva in molte *civitates*, convertendo un certo numero di *pagi* in altrettante *civitates* distinte, ma che fra esse conservavano rapporti politici e vincoli comuni.

13. I poteri politici, amministrativi e giudiziarii erano concentrati nelle assemblee del popolo (*thing*, *concilium*, *mallus*) le quali potevano essere di tribù (*concilium civitatis*) se vi interveniva tutto il popolo, o di centena se solo quelli della centena. Si tenevano in luoghi consacrati e secondo speciali riti religiosi. Vi intervenivano i liberi, i soli componenti il popolo, armati come all'esercito; ed ognuno tenuto alle armi era obbligato ad accorrervi, perchè l'assemblea del popolo era anche assemblea dell'esercito e serviva come di rivista; perciò anche queste riunioni si tenevano secondo le divisioni dell'esercito. L'assemblea era l'organo vitale della costituzione germanica, il perno dell'autonomia politica del popolo, la manifestazione dell'unità della *civitas;* ne semplificava la vita politica, che riassumeva e portava in sè, e la quale così poteva mantenersi malgrado i dislocamenti, lo sciogliersi della tribù e le abitudini seminomadi delle popolazioni. Era il vero organo politico adatto a un popolo così mobile e con vincoli così rilassati. Esisteva tanto presso i popoli retti a monarcato quanto a repubblica: presso i primi limitava le attribuzioni del re; presso i secondi era il depositario di tutti i poteri; e in tal guisa o coll'as-

---

(1) Così anche Weiske, p. 4; Landau, *Die Territorien*, 1834, 222; Maurer, *Einleitung zur Gesch. der Markverfas*, 1854, 59; Waitz, I, 150, 154; Gierke, I, 29, 41; Sickel, I, 87. Contro: Grimm, 533; Adam, *Essays in Anglo-Saxon Law*, 1876, p. 7.

semblea di popolo o di centena, ogni unità aveva quanto bastava per la sua vita politica e per governarsi da sè. In esse trattavasi quanto riguardava gli interessi economici della comunità, la coltivazione e partizione della marca, la conservazione del diritto e della pace e la punizione dei delitti contro la comunità, le guerre e le paci, l'elezione o il riconoscimento del re, la scelta dei *principes* o del *dux* in caso di guerra. Davanti ad esse si trattavano le cause che suscitavano l'ira del popolo e dei numi, tradimento, viltà, passaggio al nemico; si facevano gli sponsali, le cessioni dei beni, i mutamenti nella famiglia e nella proprietà, le donazioni per causa di morte, si armavano i giovani e si manumettevano i servi, ascrivendo questi e quelli al popolo, cioè all'esercito, atto solenne con cui si introduceva il Germano nella vita politica. Tutto quello che riguardava la famiglia si passava all' assemblea di centena; il resto davanti a quella del popolo.

Si inauguravano queste assemblee con solennità religiose: i sacerdoti presso i Germani del Sud, i re investiti di funzioni sacre presso quelli del Nord (1) proclamavano attorno e sopra di esse la pace, e severe pene erano comminate a chi le turbava. Il re o il principe le presiedeva (2). Le materie sottoposte all'assemblea erano prima esaminate dai principi, che anzi senz'altro risolvevano le minori, e solo per le maggiori chiamavano il popolo: tutti potevano parlare, ma nel fatto prendevano parte ai lavori solo i più saggi (*primores senatus*) non però come un corpo distinto (3). Urla si elevavano contro la sentenza che non piaceva; si percuotevano gli scudi per quelle che si approvavano. Le ordinarie si tenevano a luna piena e nuova, e senza bisogno di convocazione: ma vi erano anche delle straordinarie. Quando le città si estesero e diverse tribù si aggregarono, allora si inviavano deputati, che costituivano le assemblee delle tribù con carattere politico.

14 (*). Gli ordinamenti politici si confondevano e si immedesimavano col militare; non vi era differenza fra popolo ed esercito, ed esercito era la nazione armata. Alle divisioni territoriali corri-

(*) **Bibliografia.** — Peuckner, *Deutsche Kriegswesen der Urzeit*, 3 vol. 1860-64; e le storie dell'arte della guerra come quella del Galitzin, *Allgem. Kriegsgesch. d. M. A.*, vol. 1, p. 29 segg., 1880; Waitz, I, 402 segg.; Sickel, I, 126-140.

(1) Sulle formole con cui si indiceva la pace v. Baumstark, 397; Dahn, I, 82.

(2) Grimm, 272, 745, 751; Fustel De Coulanges, *Hist. des Instit. pol. de l'ancienne France*, I, 2ª ed., 1877, pag. 327. Invece Sickel, I, 40, nega qualsiasi presidenza; ma contro Waitz, Baumstark, Brunner, Schroeder.

(3) Fustel De Coulanges, I, 339, vuole che solo questi parlassero. Contro Waitz, I, 329; Dahn, I, 69, 90; Sickel, I, 40; Arnold, 327.

spondevano le militari: l'esercito cioè dividevasi in tante centene sotto i proprii principi circondati dal loro *comitatus*; ogni centena rappresentava altrettante unità tattiche, e suddividevasi a sua volta in tante famiglie; ordinamento questo comune a tutti i popoli di origine aria (1). Le assemblee delle centene, sempre armate, potevano all'occasione e senza alcun mutamento, cogli uomini che le componevano e coi capi che le presiedevano, trasformarsi in altrettanti piccoli corpi di combattenti. In conseguenza la riunione politica essendo riunione militare e viceversa, l'esercito aveva la stessa capacità politica e la stessa composizione che aveva il popolo, e anche in guerra non sorgevano limitazioni alla sovranità popolare. Era sempre lo stesso popolo; e il duce dipendeva come un funzionario dall'assemblea popolare, e il re non aveva diritti maggiori di comando del *dux* repubblicano. Ciò non vuol dire che vi fosse anarchia, ma l' obbedienza era conseguente al dovere militare e a quello di sottostare alle deliberazioni del popolo. Per lo stesso mutuo rapporto fra esercito e popolo, faceva parte dell'esercito chi era membro del popolo, come membro del popolo era solo chi era ammesso nell'esercito; e poichè l'idoneità era la prima condizione per essere *exercitalis*, così dovevano essere idonei alle armi quelli che volevano essere cittadini, acquistare i diritti della *civitas*, diritti civili e politici, votare nelle assemblee, nei giudizii, ecc. Erano quindi esclusi dall'esercito e dal popolo gli inetti alle armi, che non avevano pienezza di diritti (gli aldi o liti del tempo delle invasioni) e dovevano sottostare alla protezione del guerriero, gli indegni, i fanciulli, i semiliberi, i servi, i quali però potevano accompagnare il loro padrone, e per portare le armi dovevano ottenere piena manumissione. Il libero era ammesso all'onore della milizia, ossia era vestito dell'armi con solennità e dall'assemblea tutta solo quando l'aveva riconosciuto idoneo (2).

Nerbo della milizia era la fanteria, ma non mancava la cavalleria. La giurisdizione nell'esercito spettava al sacerdote oppure al re e al duce, dove essi erano i supremi sacerdoti. Al re e al duce spettava il banno militare. La guerra era la vita dei Germani, e tutto cospirava a mantener vivo lo spirito militare, ad accrescere l'emulazione fra i membri della stessa famiglia. I guerrieri ad essa appartenenti e che in pace vivevano assieme, assieme marciavano

---

(1) I membri di una *gens* abitavano in sedi vicine, onde i nomi di *contribules*, *fratres;* Kemble, *Gesch. der Angelsachsen*, trad. di Brandes, I, 46, 71; Waitz, II, 311. Analogo è il significato di *fara*, *faramanni;* Koepke, *Anfänge des Koenigthums bei den Gothen*, 1859, p. 32; Diez, *Etym. WB.* 1878, 378.

(2) La proprietà in questo tempo non aveva alcuna influenza per essere soldato. Così Roth, Pertile; contro Waitz.

e combattevano; la bravura e gli esempi dei parenti dovevano stimolare così i giovani. Ogni atto di viltà, di fuga, di tradimento era punito colla morte. Scopo della guerra era il bottino, che non apparteneva a chi l'acquistava ma a tutti; lo distribuiva il re o il principe o per lui il duce. I prigionieri erano sacrificati ai numi o fatti schiavi, i popoli vinti fatti dipendenti.

15. (Re e Principi) (*). Fin dalle prime origini di loro storia, due forme politiche si incontrano, il monarcato (*rex*) e la repubblica (*princeps*), che però non sono pel loro contenuto così distinte ed opposte da poter servire per dividere le città in monarchiche e repubblicane. Forse originariamente non vi fu alcuna distinzione fra *reges* e *principes* (Sybel); ma col tempo quelli si distinsero da questi se non nella qualità dei poteri certo nell'estensione: il re venne a capo della *civitas*, i *principes* restarono a capo delle centene (Erhardt) (1), cosichè si può dire in certo senso che il potere regio fosse cresciuto dal principato (Voss). Difatti anche nei tempi storici veggonsi popoli germanici (Alamanni, Visigoti, Longobardi) adottare il monarcato dopo essersi retti fino allora a repubblica, cioè coi *principes*.

Il monarcato era la suprema dignità politica e sacerdotale, ordinariamente ereditaria in una famiglia che si faceva discendere da un nume. Però l'ereditarietà non mai escludeva il diritto elettivo del popolo, ma da esso era contemperata, in quanto che il popolo sceglieva nel seno di quella il più degno e lo proclamava re. La vera sorgente del monarcato era l'elezione del popolo; e la ereditarietà non stava che come accessorio, cosichè non si aveva una legge fissa di successione al trono (2); e se la famiglia reale si estingueva o nessuno de' suoi membri era gradito, il popolo cercava in altra famiglia il suo re, lo elevava sugli scudi per pre-

---

(*) **Bibliografia.** — Vedi letteratura citata, parte 1ª, cap. I e III; Baudi di Vesme (cit. a pag. 12); Wittmann, *Das altgerman. Koenigthum*, 1854; Sybel, *Entstehung des deutschen Koenigthums*, 2ª ed., 1881; Dahn, *Die Koenige der Germanen*, 6 vol., 1861-85; Koepke, *Anfänge des Koenigthums bei den Gothen*, 1859; Voss, *Republik u. Koenigthums im alt. Germanien*, 1885; K. Lehmann, *Der Koenigsfriede der Nordgermanen*, 1886; Waitz, *Ueber die Principes*, *Forsch. z. d. G.*, II, 387; *Verf*, I, 236-293; Erhardt, *German. Staatenbildung*, 45-69; Roth, *Gesch. d. Beneficialwesens*, 3-11; Sickel, I, 100-123.

---

(1) Così anche Sybel, 99; Wittmann, 25; Landau, *Die Territorien*, 312 segg. Invece Waitz, I, 290; Dahn, I, 6, e Sickel, I, 46, stanno per una distinzione originaria e fondamentale.

(2) Schulze, *De testamento Genserici seu de antiquissima lege succes. in German. regnis*, 1854. *Tronfolge, u. Familienrecht der ältesten germ. Koenigsgeschlechter*. Z. f. R. G., VII, 323 e segg.

sentarlo all'assemblea e gli confidava il potere colla consegna di una spada, simbolo dell'*imperium* militare. Al re il popolo delegava una parte della sovranità, ma tutta non gliela cedeva; e così il re era più che un sovrano costituzionale, poichè aveva dei diritti proprii, ma meno che un sovrano assoluto (Sickel). Era il capo del popolo, il rappresentante di tutti i suoi interessi pei rapporti esterni e il tutore dell'ordine all'interno. Ma la sua potestà era *nec infinita aut libera* e nell'esercito e nelle assemblee agiva *exemplo potius quam imperio;* il re apparteneva al popolo, non il popolo al re (1). Quindi la sua azione stava sottoposta ai voleri e alle decisioni delle maggioranze, che decidevano sulle paci e le guerre, sceglievano gli ufficiali, giudicavano le cause civili e criminali: e il re rappresentava soltanto il potere esecutivo; presiedeva le assemblee e comandava in conseguenza l'esercito. Giurisdizione propria o potere suo speciale non aveva, come non vi era un banno regio e una pace regia. Retti a monarcato o a repubblica i Germani non conoscevano che la pace del popolo. Ciò che distingueva il re dagli altri funzionarii non era l'essenza del potere ma la misura: egli era, fra gli altri grandi funzionari, il primo per ordine; era il capo di questi *iudices* o *principes* di centena che formavano una specie di concilio sotto di lui, non delegati dal popolo per restringere i di lui poteri nè scelti dal re, ma partecipanti alla trattazione della cosa pubblica in virtù della loro posizione nella centena di cui erano i capi eletti dal popolo, distinti da quegli altri *principes* che formavano la corte regia, che erano nominati esclusivamente dal re stesso e che non esercitavano alcuna funzione politica. E a differenza degli altri officiali, il re era investito di poteri sacerdotali, perchè era il rappresentante del culto della *civitas* ed in suo nome compivansi i sacrifizii. Non si conosceva giuramento di fedeltà del popolo al re: bastava la mutua fiducia. Dal popolo il re riceveva doni che tenevan luogo di pubbliche contribuzioni, ed egli e la sua corte avevano diritto a franca ospitalità (2). Poteva essere deposto se governava male e se appariva odiato dai numi per sconfitte in guerra.

Altri popoli vivevano a mo' di repubbliche, sotto *principes*, che stavano alla testa di centene, oppure di più larghe divisioni territoriali (3), eletti dalle assemblee popolari, generalmente fra i più nobili, e che duravano in carica finchè vivevano, se così piaceva al popolo, ma soggetti a revoca quando veniva loro meno

(1) Sul suo giuridico carattere, Dahn, I, 32, 89, 127; V, 49; Gierke, I, 50; Waitz, I, 287, 305.

(2) Lehmann, *Abhandlungen zur germ. Rechtsgesch.*, 1888, 1-96.

(3) Principi di vici non esistono.

la fiducia pubblica (1). Ogni *princeps* nella sua centena era il capo del potere esecutivo, il rappresentante del popolo, il presidente dell'assemblea; vegliava alla regolare distribuzione delle terre e faceva da tutore a quelli che non avevano parenti: come il re, riceveva doni in natura, e poichè non aveva particolari privilegi, la comunità poteva ricompensarlo, con assegnargli maggior porzione di terra e di bottino. Uniti, i *principes* delle centene costituivano il consiglio della tribù, e dovevano probabilmente radunarsi sotto la presidenza di un *princeps*, che però non lo si può scambiare con un presidente di repubblica, perchè presso questi popoli mancava qualsiasi magistratura, che in tempo di pace rappresentasse tutto lo stato o la tribù. È possibile invece che per alcune ristrette funzioni si scegliesse momentaneamente un principe, che non partecipava come il re alla sovranità, che era un funzionario come gli altri, senza alcuna differenza di poteri verso questi, e che cessate le sue funzioni, ritornava al suo posto di principe (2). Certo questo presidente temporaneo dovette essere l'embrione del monarcato (3). Nei concilii dei principi si discutevano gli affari meno gravi; i maggiori, qui preliminarmente esaminati, erano lasciati alle decisioni dell'assemblea (v. § 13).

In caso di guerra i *principes* proponevano al popolo la nomina di un *dux*, che riassumeva nelle sue mani tutti i poteri militari ed esecutivi della tribù, e durava in carica fino a guerra finita.

16. (Comitatus) (*). Presso i popoli repubblicani attorno ai principi, nei paesi monarchici attorno al re e ai principi (4), non per

---

(*) **Bibliografia.** — Brockhaus, *De comitatu Germaniae*, 1863; Roth, *Gesch. d. Beneficialw.*, II, segg.; Deloche, *La trustis et l'antrustion royal*, 1873; Tamassia, *Arch. giur.*, XXXIX, 330, segg.; Waitz, I, 249, ss.; Sybel, III, 231; Dahn, I, 74, segg.; Gierke, I, 93, segg.; Brunner, § 19; Schroeder, pag. 25; Daniels, I, § 119.

---

(1) Dahn, I, 23, e Geffroy, 220, ritengono possibile un'elezione a tempo; Sybel, 125, che la carica fosse ereditaria, ma contemperata dall'elezione come pei re. Respingono queste opinioni Waitz, Bethmann-Hollweg, I, 89.

(2) Sostengono che vi fosse un presidente di repubblica eguale al re, eccetto che pel carattere ereditario, e che tale fosse il *princeps civitatis* di Tacito, c. 10; Baumstark, 325-329, 401-412, Sickel, I, 118, Sybel, 156, Wittmann, 60, Waitz, I, 257; lo negano, Roth, 3, Bethmann-Hollweg, I, 90 e Schroeder, 23. Altri dicono che presiedeva il consiglio dei principi, quegli nella cui centena era tenuta l'assemblea.

(3) Gierke, I, 34.

(4) Presso i Longobardi l'avevano anche i duchi. Papbst, *Forsch. z. d. G.*, II, 514. — Baumstark, 633-643; Sickel, I, 112, n. 15; Wie-

privilegio esclusivo, ma per la posizione eminente che essi avevano, stava una schiera stabile di giovani legati con giuramento di fedeltà e di volontaria devozione fino alla morte, schiera piccola di numero (1), che in pace formava la guardia d'onore del capo, e in guerra il suo presidio.

Questa schiera era il *comitatus* (*trustis* presso i Franchi, *gasindi* presso i Langobardi). Non bastando a soddisfare la sfrenata voglia di combattere l'obbligo che tutti avevano di militare, i giovani si associavano sotto un capo, per andare in cerca di avventurose lotte. Un capo si presentava, mostrava un'impresa, l'assemblea assentiva. Era ancor poco; i giovani cercavano nel *comitatus*, in questa comunione di vita, di pericoli e di lotte fra essi e il capo nuovi campi di avventure e di gloria. Il *comitatus* era un rapporto personale, di ordine privato, una volontaria prestazione di servizii fatta a un capo militare, che doveva fedeltà, protezione, mantenimento, ricompense con doni d'armi, cavalli e parte del bottino. I giovani liberi o nobili, e i figli di celebri guerrieri, si iscrivevano a queste schiere con cerimonie solenni, e vi stavano fino al giorno in cui non abbandonavano interamente la casa paterna e fondavano una famiglia propria. Essi combattevano pel principe, e questi per la vittoria: era turpe al principe essere superato in valore dai suoi compagni, turpe a questi non eguagliare il principe, ed infame sopravvivergli. Con lui andavano nelle guerre del popolo, e se questo era in pace con tutti, ne provocavano essi o cercavano di azzuffarsi con le comitive delle popolazioni finitime; e queste inscursioni e rapine a mano armata, che era naturale nelle abitudini di quelle genti, non compromettevano il popolo, nè gli creavano imbarazzi per violazione di neutralità.

Malgrado la soggezione in cui stavano i giovani, e il potere disciplinare che aveva il principe, il *comitatus* non era una dimi-

---

tersheim, I, 378-392; Bethmann-Hollweg, I, 93; Arnold, 292; Gierke, negano che il *comitatus* fosse privilegio dei principi. Dahn, I, 24, 74, dice non esservi connessione fra *comitatus* e carica. Savigny afferma che tutti i nobili, e Maurer tutti i liberi, potevano avere *comitatus*. Roth, 17, Zoepfl, Schroeder e Waitz ne fanno invece un privilegio dei soli principi, osservando che sarebbe stato impossibile un ordine politico, se tutti a lor talento avessero potuto armare e far guerra. Certo non era un privilegio di casta, perchè ognuno poteva ricevere altri in sua casa e adoperarlo ai servizi militari, se era ricco, ma per circostanze di fatto, osserva Brunner, I, 138, a preferenza attorno ai re e ai principi dovevano accorrere i giovani, perchè con essi maggior considerazione avevano e più ricchi premi: e quindi in pratica il *comitatus* era solo proprio dei re e dei principi.

(1) Così Sybel, Roth. Invece Eichhorn vuole che l'esercito di Odoacre fosse formato da un *comitatus* e basato su questi vincoli personali.

nuzione della libertà dell'uomo, nè offuscava la sua posizione giuridica e sociale; era un servizio, ma un servizio di onore. Probabilmente esso non era altro che l'imitazione di un vincolo gentilizio fra persone non appartenenti alla stessa *gens;* cosicchè il dovere di fedeltà che legava al principe i *comites*, corrisponderebbe a quello che avevano i gentili verso il capo della *gens* (Sybel, Gierke, Tamassia) (1). Carattere politico veramente non ebbe mai: ma nella pratica il *comitatus* divenne un mezzo pel principe di estendere la sua potenza a danno della libertà comune, e di far passare il centro di gravità dell'organizzazione germanica dalle assemblee ai capi e alle comitive loro; ed allora questi legami personali divennero i sostegni per la trasformazione dei principati di centena in monarcati e forse anche servirono di germe al benefizio e al vassallaggio (2).

CAPO IV.

GLI ORDINI SOCIALI (*).

17. Le antiche leggende germaniche conoscono due classi di persone, essenzialmente separate, i liberi e servi. Ma Tacito fra i liberi e i servi ricorda una classe intermedia, quella dei liberti o dipendenti, classe che col tempo ampiamente si svolse, e sopra i liberi menziona una quarta classe, quella dei nobili. Adunque, secondo la diversa capacità giuridica, la nascita e la posizione sociale, erano quattro le classi di persone che si distinguevano presso i Germani, liberi e servi, colle loro modificazioni in liberti e nobili.

18. Il libero, figlio di genitori liberi, era quegli che godeva la pienezza dei diritti politici e civili, che era membro della tribù, che poteva possedere, portare le armi, intervenire alle assemblee, agire in tribunale; signore di se stesso, non riconosceva altra

(*) **Bibliografia.** — Perreciot, *De l'état civil des personnes*, II vol., 1843; Schupfer, *Ordini sociali e possesso fond. presso i Long.*, Wien, Akad., 1861; Hullmann, *Gesch. des Ursprungs der Stände*, 1830, Munde, *Gesch. d. deut. Stände*, 1854; Waitz, I, 149-200; Brunner, I, § 14; Grimm, 226-402; Walter, § 384, segg.; Zoepfl, § 7; Schroeder, § 9; Potgiesser, *De statu servorum*, 1736; Wallon, *Hist. de l'esclavage dans l'antiq.*, 1879, I; Cibrario, *Della servitù e del servaggio*.

(1) Freemann, *Comparative Politics*, 261, e Summer Maine, *Études sur les instit. primitives*, 182, pensano invece che il *comitatus* abbia analogia colla clientela.

(2) Contro Waitz.

limitazione alla sua indipendenza e libertà, che quella stabilita dalla legge, che egli solo faceva assieme alla comunità; egli era il capo della sua famiglia, il padrone delle sue cose. Portava vesti speciali e una lunga capigliatura. I liberi formavano il nerbo e il vero numero della *civitas*.

19. Il servo non era persona ma cosa che stava nel patrimonio del suo padrone, come gli animali, e come tale poteva esser donato, venduto, rubato, ucciso, senza che l'uccisore incorresse in una pena pubblica, ma soltanto fosse tenuto a pagare al padrone il danno che risentiva per questa diminuzione della sua ricchezza. Quindi il padrone lo poteva battere e uccidere, ed in questo caso era esente da pena se lo faceva in un momento di ira. Non diritti il servo poteva avere, nessuna capacità giuridica di acquistare, possedere, obbligarsi, sposarsi, esercitare i diritti di padre, ereditare, portare le armi. La donna che gli era data gli poteva essere tolta ad arbitrio, nè la prole gli apparteneva, ma seguiva la madre ed il padrone di essa, e questi generalmente la spartiva col padrone del padre. Di personalità giuridica mancava, e se faceva danno od offesa ad altri, per lui rispondeva il padrone.

Però al rigore delle leggi contro i servi non corrispondevano i costumi e la pratica, che parte di essi aveva convertito in coloni, analoghi ai coloni romani, distribuiti per le campagne, ognuno con propria casa, tenuto a prestazioni in natura al padrone, e parte aveva destinato ai servizi famigliari assieme alle donne. Prima delle invasioni il loro numero era scarso e il grosso della popolazione era formato dai liberi non dai servi nè dai dipendenti. Lo stato di schiavitù originava dalla nascita, dalla conquista bellica, dalla perdita della libertà per causa di matrimonio con persona inferiore, da condanna, da volontaria dedizione in seguito a giuoco, dall'impossibilità di pagare debiti (1).

20. Il servo poteva essere ammesso nella comunità, cioè nell'esercito, per mezzo di una manumissione compiuta colla formalità di armarlo pubblicamente davanti all'assemblea: la volontà del popolo scioglieva interamente i vincoli della servitù. Se poi avveniva in di lui favore una manumissione privata, questa non lo elevava alla classe dei liberi, nè gli attribuiva la piena capacità giuridica e politica; ma solo gli dava un diritto precario e revocabile, e lo manteneva in uno stato di dipendenza verso il padrone, talchè continuava ad appartenere alla casa o ai beni di questo come servo di gleba, obbligato a prestazioni, a *servitia* differenti però da quelli che doveva il servo. Anche la sua personalità giuridica non era

(1) Korn, *De obnoxiatione et wadio antiq. juris germ.*, 1863; Grimm, p. 327, segg.

piena e fino a un certo punto il padrone doveva rispondere delle sue azioni criminose (1).

Questi liberti stavano quindi molto vicini ai servi, e confusa con tali liberti andava al tempo di Tacito un'altra classe di persone inferiori, molto prossima alla servile, classe allora appena adombrata (2) e mancante di contorni precisi. La componevano persone appartenenti a tribù vinte, non ridotte in ischiavitù ma o conservate nelle loro terre o trasportate in altre, non aggregate a parità di diritti, ma invece collocate in una posizione soggetta ai vincitori; ed oltre a queste persone di origine straniera, altre indigene originariamente libere, ma non atte alle armi, sia per difetti corporali o per mancanza di coraggio, difetti questi che importavano una *diminutio capitis* cioè una posizione inferiore nella *civitas*, tanto nei rapporti con essa, quanto in quelli coi singoli individui (§ 11). A questi inetti alle armi, viventi sotto la protezione di un guerriero erano affidate occupazioni agricole accanto ai servi, e dove limitato, dove interamente negato era loro l'esercizio dei diritti politici. Forse in principio secondo il diritto comune questa posizione intermedia fra la libertà e la servitù non era destinata a trasmettersi, ma in seguito sotto l'influenza della ereditarietà dei vizi e delle virtù, idea molto radicata presso i Germani, si trasformò in ereditaria e così sorse una vera e propria classe sociale, la quale grande sviluppo ed importanza assunse solo al tempo delle invasioni (liti, aldi), da sembrare quasi un prodotto di queste (3); e fu dopo le invasioni che fu fissato il diritto di queste persone.

21 (*). La classe dei *nobiles* non formava una nobiltà nel senso della romana, nè costituiva una casta dominante, nè un ordine sociale distinto dai liberi: non era investita di alcun speciale diritto politico nè di alcun privilegio ereditario di diritto privato o penale; talchè nemmeno aveva nei tempi antichi un guidrigildo o prezzo

(*) **Bibliografia.** — Tierbach, *Ueber den germ. Erbadel*, 1836; Savigny, *Beitrag zur Rechtsgesch. des Adels in neueren Europa*, 1836, e nei *Klein. Schriften*, IV; Maurer, *Wesen des Adels der deut. Stämme*, 1846; Brandes, *Die nobiles der Germanen* nei *Berichte über german. Gesellsch.*, 21; Sickel, *Gött. geleh. Anzeige*, 1880, p. 171; Sybel, 125, ss.; Erhard, pag. 1240, ss.; Waitz, I, 165-200.

(1) Sui liberti v. Maurer, *Die Freigelassenen nach altnorveg. Recht. München-Sitzung berichte d. Akad.*, 1878.

(2) Così Schupfer, *Aldi, liti e romani. Enciclop. giurid. ital.*, v. *Aldi*, 1887, § 2, 5-7; Schroeder, p. 39, dice che nel diritto comune i Germani non conoscevano dipendenti. Ma Brunner, I, 104, è di contrario avviso. Egli poi, contro l'opinione comune, assimila i *læti* ai *liti*.

(3) Così la ritengono Eichhorn, I, pag. 49; Pertile, I, 52, III, 25; Schroeder, pag. 40 e Brunner, I, 103.

della persona, maggiore in confronto di quello dei liberi (1); e nemmeno era una nobiltà sacerdotale, nel senso che ad essa fossero riservate speciali funzioni sacerdotali (2); soltanto si distingueva sopra i liberi per la grande considerazione, per il prestigio e l'influenza di cui godeva (3), in virtù della quale da essa si traevano a preferenza i re, i principi e i sacerdoti. Questo prestigio doveva dipendere dalla origine sua, ma intorno a questo argomento poco si può affermare di positivo. Alcuni (4) riguardano i *nobiles* come i capi di *comitatus*, distinti dai liberi e costituenti un'aristocrazia, e fanno derivare i nobili dai *principes* delle centene: ma è dimostrato che i principi non erano sempre nobili nè il principato importava nobiltà (Waitz). Altri ne cercarono l'origine nelle funzioni sacerdotali divenute ereditarie (5), ma a torto perchè a queste erano ammessi tutti quelli che il popolo nominava e il sacerdozio non era una casta ereditaria. Altri pensarono che i nobili fossero i discendenti di una razza dominante la cui potenza si sarebbe continuata nella discendenza maschile e nel primogenito con predominio sugli altri rami della famiglia (6): oppure i discendenti degli antichi abitanti di un villaggio che avrebbero sì ammesso nuovi venuti ma conservando verso essi una posizione di superiorità (7): opinione questa che presuppone dimostrati molti dati che non lo sono. E nemmeno puossi cercare le origini della nobiltà germanica in un più esteso possesso fondiario (8), poichè in quei tempi queste differenze non erano possibili coll'ordinamento allora praticato della proprietà fondiaria. Noi preferiamo l'opinione secondo la quale l'origine della nobiltà appartiene al periodo preistorico, mitico, nel quale alcune famiglie si facevano derivare dagli dei; e quest'origine spiega perchè i membri di essa si chiamassero semidei. La derivazione di queste famiglie è così oscura come quella del popolo: sono le famiglie che dall'antichità più remota ebbero

---

(1) Così Schulte, Zoepfl, Brunner, Schroeder perchè non si poteva parlare prima della invasione di un guidrigildo legale che allora era appena riguardato come un obbligo giuridico: quando poi la sua prestazione divenne la regola, i nobili ebbero un guidrigildo più elevato. La pensano diversamente Grimm, 272, Wilda, 268, Walter, § 10, Waitz.

(2) Landau, *Territorien*, 337, ss.; Thudichum, 76, negano anzi l'esistenza di una nobiltà.

(3) Così Waitz, Maurer, Hillebrand, Walter.

(4) Eichhorn, I, § 146; Zoepfl, II, § 7; Savigny: contro Waitz.

(5) Wilda, Phillips, Grimm.

(6) Daniels, § 116. Contro Gaupp, *Germ. Ansiedl*, 177.

(7) Maurer, *Gesch. d. Markenverfas.*, 1856, pag. 2, 14; *Einleitung zur Geschichte der Mark, Hof, Dorf, Stadtverfassung*, 1854, 179.

(8) Zoepfl; Wittmann, 98, ss.; Maier, *Germ. Urverf.*, 176.

particolare considerazione, onore, nome, che formarono le vere *genti*, che condussero le popolazioni nelle loro sedi e le ordinarono. Se alcuna di queste famiglie affermò il suo potere, sorse il monarcato; se no, tutte mantennero una posizione spiccata e formarono la nobiltà dei tempi storici. Da esse erano a preferenza tolti i principi e i sacerdoti, ma però senza che la classe dei liberi fosse esclusa da questa scelta (1): anche per consuetudine e per effetto di tradizione il re, qualora si estinguesse la razza regnante, si sceglieva fra i nobili, ma non era regola assoluta. L'eletto a re nobilitava poi la famiglia a cui apparteneva; ma non nobilitava la nomina a principe, bensì solo le azioni splendide e clamorose facevano ascrivere alla nobiltà chi le compiva e i discendenti suoi, in base al principio germanico della ereditarietà dei vizii e delle virtù. La nobiltà quindi senza essere una casta chiusa, non apriva facile accesso a chi vi voleva entrare, ma richiedeva grandi qualità per aver posto accanto a queste famiglie semidivine, e i nuovi entrati andavano a formare una nobiltà a parte, recente, una *secunda nobilitas*.

CAPO V.

ISTITUZIONI PRIVATE — LA FAMIGLIA (*).

22. Presso i Germani che descrive Tacito, la famiglia trovasi in uno stadio di transizione. La costituzione famigliare che diremmo preistorica, già vinta da un nuovo ordinamento, non era però completamente scomparsa, e qualche traccia del sistema di parentela per le donne ancora sopravviveva; era, per esempio, riconosciuta la successione maschile, ma la donna godeva ancora di una posizione importante nel seno della comunità (2). La famiglia agnatizia

(*) **Bibliografia.** — Wackernagel, *Kleinere Schriften*, 1872, I, *Familienrecht u. Familienleben der Germanen;* Dargun, *Mutterrecht und Raubehe und ihre Rest in germ. R. und Leben*, 1883; Kohler, *Fraugemeinschaft* nella *Z. f. vergl. R. W.*, III-V; Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, 1885, pag. 195-218; Laboulaye, *Recherches sur la condition civile et polit. de la femme*, 1843; Lippert, *Gesch. der Familie*, 1884; Heusler, II, 271-277; Waitz, I, 67, segg.; Brunner, I, § 12 e 13; Schroeder, 59.

(1) Così Maurer, 14; Waitz, Sickel, I, 107; Bethmann-Hollweg, I, 85. Invece per la esclusiva capacità della nobiltà alle cariche sono Müller, *Lex Salica*, 1840, p. 170; Kemble, I, 109; Wittmann, 98; Sybel, *Kleinere hist. Schriften*, 1863, p. 33; Baumstark, 304-307; Arnold, *Deut. Urzeit*, p. 330, ss.

(2) Bachofen, *Das Mutterrecht*, 1861; Teulon Giraud, *Origines du mariage et de la famille*, 1884, pag. 333-339; Fergussonn Mac

si era sviluppata, ma imperfettamente e in modo non uniforme presso le diverse tribù; le une riconoscendo alla donna e ai parenti del lato materno il diritto di esercitare la tutela e di succedere a preferenza dei parenti dal lato paterno; le altre negando loro tutto questo; tutte però sempre ammettendo un diritto matrimoniale e l'autorità del padre, rigida ed assoluta come quella dei Romani, sui figli, ossia tutte già avviate ad attuare il sistema dell'agnazione, che dove più, dove meno, aveva cominciato a stabilirsi a danno della cognazione. Anche così rudimentalmente abbozzata, la famiglia agnatizia era una delle principali basi della costituzione germanica e una delle sue istituzioni caratteristiche.

La famiglia dell'antico diritto germanico non era un'unione di consanguinei, ma un consorzio delle persone che stavano sotto la potestà o mundio del capo della casa, del *pater familias*, senza alcun riguardo a parentela di sangue; in guisa che ad essa potevano appartenere i servi e i dipendenti, come i figli e la moglie. Questa famiglia domestica, questo cerchio ristretto fondato sulla patria potestà, e diretto ad assicurare il diritto e la pace ai suoi membri, era poi parte di un'associazione più vasta, detta *sippe*, *parentela*, *gens*, *genealogia*, *fara*, la cui azione si esplicava in un campo giuridico diverso da quello riservato alla famiglia intesa nel suo senso ristretto, non mancando però e l'una e l'altra di influirsi vicendevolmente.

La *sippe*, parola che suona pace e fedeltà, perchè nel suo interno dovevano dominare la pace che esclude ogni guerra o *faida* tra i parenti, e la fedeltà od appoggio fra loro, come la *fratria* greca, e la *gens* romana, si basava sulla communione del sangue e comprendeva tutti i parenti agnati e cognati (1) con eguaglianza di diritti, non escluse le donne. Era un'associazione naturale, perchè basata sulla discendenza da un comune autore, mantenuta per attuare la pace e il diritto, per la mutua difesa fatta da tutti per uno, e resa necessaria dalla debolezza dell'autorità pubblica, che era quasi sprovvista di organi di polizia. La vita quasi rudimentale dello stato doveva essere integrata e completata dall'azione dei privati, stretti in associazioni basate sui vincoli del sangue: e ciò spiega le funzioni di ordine pubblico che allora aveva la *sippe* e che nelle società progredite appartengono allo stato. Nei tempi antichi la *civitas* non era ancora talmente sviluppata da trarre a

---

Lennan, *Studies in Ancient history*, 1876; Letourneau, *Évolution du mariage et de la famille*, 1888, pag. 423; Starcke, *Die primitive familie*, 1888, p. 112, 120. E i libri di sociologia di Letourneau, Spencer, Roberty, ecc.

(1) Rosin, *Begriff d. Schwertmagen*, § 5, vuole invece che la componessero solo gli agnati. — Contro Heusler.

sè queste funzioni, nè tanto forte da sostituirsi alla *sippe* nella protezione dei suoi membri. Queste condizioni autorizzavano in certa misura la *sippe* a rappresentare lo stato specialmente nel difendere la pace e il diritto proprio, e davano ad essa anche un parziale carattere di diritto pubblico. Ma come il potere dello stato si affermò, la *sippe* perdè le sue funzioni politiche, rientrò nei confini del diritto privato e restò un'istituzione ancora, al tempo delle invasioni, attiva e vitale pel diritto penale e processuale (1).

Ciò che costituiva la forza della *sippe*, e ciò da cui traeva la sua importanza, era la solidarietà che legava tutti i suoi membri fra loro, e che si manifestava specialmente nell'esercitare la vendetta per ottenere soddisfazione di qualche offesa fatta ad alcuno dei suoi, e nel sostenere il diritto contestato davanti ai tribunali. Tutta la *sippe* interveniva in giudizio, se alcuno dei suoi doveva giurare, e tutta giurava in sua difesa, perchè per la vita in comune, si presupponeva che tutti conoscessero completamente i fatti su cui dovevasi giurare; così la pena di spergiuro e le relative conseguenze coinvolgevano tutta la *sippe*. Era parimenti la *sippe* intera che discendeva in campo per vendicare per talione l'uccisione di uno dei suoi, nello stesso modo che tutta la *sippe* a cui apparteneva l'uccisore, era obbligata a sostenerlo nel respingere la vendetta, o a pagare la composizione. Se la guerra privata fra le due *sippe* era composta con un patto di espiazione, se gli offensori compravano la pace, la *sippe* offesa riceveva a titolo di riconciliazione il prezzo della composizione od espiazione, che veniva diviso in due parti, una ripartita a tutti i membri, l'altra ai parenti più vicini al morto; e a questo diritto corrispondeva da parte dei componenti la *sippe* dell'offensore, il dovere di pagare quella quota che sarebbe loro toccata nel caso che avessero dovuto riscuotere il guidrigildo (2). Il parente, finchè restava nella *sippe*, non poteva sottrarsi a queste guerre, nè far pace speciale colla *sippe* nemica; ma se valido alle armi aveva il dovere della vendetta e della difesa collettiva, di partecipare alle amicizie, come alle inimicizie. Egualmente era la *sippe* che esercitava un'alta tutela sulle donne e i minori, che era chiamata a dare il suo assenso a tutti gli atti che modificavano la capacità di uno dei suoi membri, alla sua emancipazione, al matrimonio, alla punizione di chi aveva offeso l'onore famigliare, come era il caso per l'adultera: era per *familiae et propinquitates*, che i Germani andavano alla guerra; ed infine era la *sippe* aggruppata in uno stesso luogo, e

---

(1) Erroneamente Sybel sostiene che lo stato si confondesse colla *sippe*. Sulla famiglia, come società di diritto, v. Gierke, I, 14-28, 409-426.

(2) Brunner, *Sippe und Wehrgeld*, nella *Z. f. R. G.*, XVI.

non i singoli individui o i diversi nuclei domestici, che riceveva la terra a coltivare. La posizione sociale e giuridica del Germano aveva in tal modo la sua radice nella *sippe* a cui apparteneva, e questo vincolo gentilizio era così profondo nella vita di quelle società, che appena si distingueva colui che era senza parenti ossia chi era messo fuori della propria *sippe*, da colui che in seguito ad esclusione dalla *civitas* era spogliato di tutti i diritti.

23. Il cerchio più ristretto che sorgeva nell'interno della famiglia, aveva la sua base sul matrimonio e sulla patria potestà. Il matrimonio era monogamico, e solo ai nobili era permesso il tenere più mogli. La donna che era tanto onorata nell'interno della famiglia, come fuori, formava col marito un'associazione, di cui il marito era il capo. Quest'unità del matrimonio, dice Tacito, si estendeva anche oltre la tomba, e in molte tribù difatti, non si conoscevano le seconde nozze (1). Il padre era il capo naturale della sua casa, il sacerdote dei suoi dei, il giudice dei figli, e assieme ai parenti anche della moglie pei torti domestici, il padrone di essa e dei figli, che poteva vendere in caso di bisogno. L'autorità che esercitava (*mundium*) era assoluta come quella che aveva il *paterfamilias* dei Romani (Heusler): sotto la patria potestà stavano i figli finchè coabitavano nella sua casa: fino allora li poteva vendere ed uccidere per punizione. Il neonato poteva essere ucciso ed esposto, prima però che avesse ricevuto nutrimento, nome e la consecrazione dell'acqua, e prima che il padre l'avesse preso fra le braccia. E poichè la famiglia si fondava per procreazione, anche i figli avuti da concubina stavano sotto la patria potestà ed appartenevano alla famiglia (2). Si usciva dalla patria potestà, le donne andando a marito, i maschi abbandonando la casa del padre, o sposandosi. Il far casa separata operava come emancipazione: e solo questa si aveva quando questa separazione economica avveniva, poichè pare che nemmeno il solenne ricevere delle armi davanti all'assemblea, che ascriveva il giovine all'esercito, e gli dava i diritti politici, sottraesse il figlio dall'autorità del padre (3).

La forma più antica di matrimonio, anche presso i Germani, fu il ratto della donna (*exogamia*) (4), a cui poi successe la com-

---

(1) Del Vecchio, *Le seconde nozze del coniuge superstite*, 1885, 77-83.

(2) Wilda, *Von den unechten gebor. Kindern*, nella *Z. f. d. R.*, XV, 1855, 237-297; Maurer, *Unechte Geburt nach altnord. R. München-Sitzung, Akad.*, 1883, 3-86.

(3) Così Brunner e Heusler. Contro Sohm, 343, 555. — V. Stobbe, *Beiträge z. Gesch. d. deutsch. Rechts*, 1865. *Die Aufhebung der väterl. Gewalt*, 1-10.

(4) Dargun, 111-151.

pera (1). Il ratto era permesso contro le donne di altre tribù, ma vietato su quelle della propria, amenochè il rapitore non si pacificasse coi parenti della rapita. Nelle saghe germaniche, il ratto è il modo con cui gli eroi conquistavano le loro mogli; e scomparso nella pratica, restò in alcune formalità che lo simulavano.

Il matrimonio contrattuale si effettuava per mezzo della compra della donna, contratto che concludevasi fra il padre o il tutore di lei e il marito o i parenti di lui. La donna non era chiamata a dare il suo consenso, e non interveniva come parte contraente, ma come oggetto del contratto. Il marito pagava un prezzo, e i parenti gli consegnavano la fanciulla, non già come serva, ma come moglie, e il marito fingeva un atto di manomissione e di adozione, presentandole armi, in seguito del quale elevava la donna a sua compagna; e in compenso di quest'adozione ella presentava al marito altre armi e scudi, simboli della protezione che l'uomo assumeva su di lei, della manumissione ed adozione compiuta (2). Ma già dal tempo di Tacito questo carattere di vendita reale andava scomparendo, l'atto di vendizione si era disgiunto da quello di consegna, formandosi due atti, quello di promessa che vincolava il padre a consegnare la sposa, e l'altro di consegna che si compiva pubblicamente in presenza dei parenti della moglie e del marito, a cui poi seguiva il collocamento della donna nel letto matrimoniale come parte essenziale nella consumazione del matrimonio (3).

Alla morte del padre succedevangli tutti i figli con diritti eguali; probabilmente mantenevasi l'eredità indivisa, e continuava la comunità domestica. Quando le terre erano ancòra in comune, i figli ricevevano dalla comunità una porzione di terra per ciascuno: ma scomparso questo regime agrario, la parte loro non andò oltre al diritto posseduto dal padre. I Germani non conoscevano disposizioni di ultima volontà, perchè il diritto di succedere stava nella comunione del sangue, nella parentela. Tacito menziona fra gli eredi prima i figli, poi i fratelli del padre e quelli della madre, e la partecipazione di questi alla successione è certo un resto dell'antico sistema del matriacato; egli non nomina gli ascendenti, le sorelle e i figli delle sorelle. Il primogenito aveva una preferenza, ereditando i cavalli, non perchè fosse il maggiore, ma

---

(1) Dargun, Kohler, Giraud-Teulon, Letourneau, ecc., Koenigswarter; *Hist. de l'organis. de la famille en France*, 121, segg.; Schroeder, *Gesch. d. ehel. Guterrechts*, I, 26, segg., 43, 52.

(2) Schroeder, 67, seg.; Sohm, 547-551.

(3) Sohm, *Recht d. Eheschliessung*, 88, 96, segg.; Friedberg, *Recht d. Eheschl.*, 22, segg.; K. Lehmann, *Verlobung und Hochzeit*, 81, seg., 87, segg.; Weinhold, *Deutsche Frauen im M. A.*, 1882, I, 399, segg.

perchè « *ferox bello et melior* » il che esclude che i Germani antichi conoscessero i diritti di primogenitura (1).

Per rendere poi sensibili le relazioni di parentela, mentre i Romani erano ricorsi al confronto di una scala, i Germani usarono del raffronto con un albero o colle membra del corpo; non contavano a gradi, ma cominciavano dalla testa e scendevano fino alle unghie della mano e alle ginocchia.

CAPO VI.

LA PROPRIETÀ (*).

24. L'elemento che dominava presso gli antichi Germani nei rapporti col suolo, non era l'individuale, ma il sociale, e quindi non conoscevano altra proprietà, che quella sulle cose mobili (2). E anche queste rappresentavano piccola e sparuta ricchezza. Ignoto era l'uso della moneta, scarsi i metalli: la maggior parte di quei popoli sprovvisti di industrie, con un'agricoltura bambina vivevano di caccia e di pastorizia; e la loro ricchezza mobiliare consisteva nelle armi, nelle collane e monili di cui si ornavano, e nel bestiame, che loro serviva anche a pagare le multe. La terra era riguardata come una proprietà collettiva che apparteneva alla tribù e della quale gli individui non avevano che il godimento (3).

Nei primi stabilimenti delle famiglie, forse cento di esse nell'origine si unirono in comunità, presero possesso di estensioni di

---

(*) **Bibliografia.** — Schupfer, *Allodio* nel *Digesto italiano*, 1886; Del Giudice, *Proprietà delle terre in Germania, secondo Cesare e Tacito*, *Istit. lombardo*, 1886; Laboulaye, *Hist. du droit de la propriété fonc. en Occident*, 1839; Laveleye, *Propriété et ses formes primitives*, 1877; Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, 1885, p. 189-315, e nell'*Acad. des sciences morales et politiques*, 1885; Aucoc e Glasson, *id.*; Inama-Sternegg, *Deutsche Wirthschaftsgesch. bis zum Schluss der Karolingerperiode*, I, 1880, pag. 7, segg. e 97 segg.; Lamprecht, *Deut. Wirthschaftsleben*, 3 vol., 1886-87; Löw, *Markgenossenschaften*, 1829; Thudicum, *Gau u. Markverf.*, 1860; Hennings, *Ueber die agrarische Verfass der alten Deutschen nach Tacitus und Caesar*, 1869; Hanssen, *Agrarhist. Abhandlung.*, 1880-84, I, p. 1-98; Zimmerle, *Deutsche Stammgutsystem*, 1877; Landau, *Salgut*, 1862; Waitz, I, 97-148; Sybel, I-35; Maurer; Brunner, I, § 10; Denmann Ross, *Early history of Land Holding among the Germans*, 1883.

---

(1) Schulze, *Recht der Erstgeburt*, 199; Grimm, 475.

(2) Che Sohm, 118, chiamò *allodio*, mentre allodio è nome che vale solo per la terra che venne in proprietà della famiglia.

(3) Credo abbia ragione Dargun (*Ursprung u. Entwick. des Eigenthums, Z. f. vergl. RW.*, III, 1884) quando sostiene che la prima forma di proprietà sia stata la individuale, a cui successe poi la comunistica che rappresenta un maggior sviluppo sociale.

territorii su cui si fermarono e vissero in piena comunità di villaggio, dove ogni famiglia aveva la sua casa e il suo focolare, ma tutto era indiviso e apparteneva alla associazione delle famiglie. Questa comunità che le fonti posteriori chiamano *marca, allmend, folcland*, fu la forma della proprietà fondiaria al tempo di Cesare. Egli narra (IV, 1) che gli Svevi si alternavano di anno in anno fra la milizia e l'agricoltura, che ogni anno mutavano dimore, che il suolo apparteneva a tutti, che gli stessi prodotti erano comuni, che tutti gli anni si coltivava una parte nuova del suolo, e che quelli che stavano ai campi, lavoravano anche per quelli che erano sotto le armi. Altrove lo stesso storico narra che i Germani non possedevano terre in proprio, ma che ogni anno i magistrati assegnavano alle genti o *sippe*, porzioni di terre, secondo i bisogni rispettivi, e l'anno appresso le rimettevano in comune e procedevano a nuova distribuzione. Cento cinquant'anni dopo, Tacito scriveva che presso i Germani le terre erano occupate successivamente dalla comunità, in proporzione al numero dei coltivatori, fra i quali erano poi ripartite secondo la condizione e il bisogno di ciascuno. L'ampiezza della terra, egli dice, rende facile tal partizione. I seminati mutano di anno in anno, e avvanza terra non coltivata (1). Questa divisione non era perpetua, ma rinnovavasi a periodi indeterminati, e negli intervalli ciascuna quota rimaneva nel possesso e nel godimento del coltivatore, cui era stata aggiudicata. Fra i tempi di Cesare e quelli di Tacito, erano avvenute modificazioni nell'ordinamento della proprietà fondiaria in quanto che i Germani si avviavano a trasformare il collettivismo e la coltivazione in comune esistente al tempo di Cesare in godimento e proprietà individuale per ogni padre di famiglia. Al tempo di Tacito la terra era ancora posseduta dalla comunità, la proprietà spettava al villaggio e il godimento ai membri di esso; le partizioni si face-

(1) Cap. XXVI: « Agri pro numero cultorum ab universis in vices (Waitz, *in vicis*), occupantur quos mox inter se secundum dignationem partiuntur. Facilitatem partiendi camporum spatia praebent. Arva per annos mutant, et superest ager ». Denmann Ross, Fustel e Zimmerle negano che qui si alluda a comproprietà di villaggio o collettività. Waitz vuole che si alluda alla occupazione del suolo, fatta al primo stabilimento di una tribù, e che dopo la prima divisione ognuno divenisse proprietario della sua quota. Hennings e Sickel, I, 199, dicono che non le terre erano successivamente occupate, ma che i coltivatori si alternavano nel possesso di queste. La nostra opinione è anche quella di Schupfer e Del Giudice. In quanto al *mutant per annos*, Eichhorn e Landau dicono significare rotazione triennale; invece Hanssen, I, 125, e Del Giudice, 14, coltivazione fatta sempre allo stesso modo, ma applicantesi successivamente a parti diverse dei campi, in guisa da alternare ogni anno la porzione lavorata con quelle lasciate in riposo. La rotazione triennale pare fosse introdotta da Carlo Magno.

vano ai gruppi famigliari, ma non più con perfetta eguaglianza, bensì avuto riguardo al grado, alla dignità, alla ricchezza, alla nascita. E poichè almeno questi meglio dotati non avevano più interesse a far rinnovare le divisioni, il godimento si andò trasformando in proprietà, e vennero sorgendo le differenze nel possesso fondiario. L'interesse privato aveva così sopraffatto il sociale, sebbene non si avesse ancora giuridicamente quel possesso definitivo e permanente che si confonde col dominio. Il progresso fra le due epoche stava adunque nella durata del possesso prodotta da quella maggiore stabilità che penetrava negli ordini della vita germanica e che trasformava gli istituti (Del Giudice). Le dimore non mutavano più, e le tribù divenivano sedentarie e amavano i campi.

La divisione di cui parlano Cesare e Tacito, ci è descritta da documenti di epoca posteriore. Si facevano tanti lotti, di diverse grandezze, disposti in linee parallele, misurati con corde, e ogni lotto (*sors*) era sorteggiato fra i partecipanti (1). L'estrazione si faceva secondo il grado sociale, nel senso che la sorte del libero costituiva l'unità, il nobile ne aveva più d'una, il dipendente una mezza: i servi nulla. Non concorrevano che i capi di casa e non i figli che coabitavano col padre, anche se erano membri dell'esercito, non richiedendosi all'esercizio dei diritti politici il possesso fondiario (2). Ai figli cresciuti e alle famiglie nuove, che non trovavano in patria un pezzo di terra libera, non restava che emigrare. Nessun estraneo poteva aver parte alla divisione o ricevere il lotto di uno avente diritto, se non vi era l'assenso di tutti gli associati partecipanti. I re e i principi non entravano nel sorteggio, perchè essi avevano una terra ereditaria e i doni dei liberi.

25. L'associazione o *marca* che possedeva il suolo, non era un organismo politico, ma rappresentava la forma più antica e più semplice di organizzazione sociale ed economica. Essa era cresciuta dalla *sippe*, ed ebbe originariamente carattere di parentela; che illanguiditosi pel moltiplicarsi delle famiglie, per le migrazioni dei nuovi germogli in cerca di migliori terre, e per l'ingresso di estranee persone, col tempo fu sostituito, per la natura delle cose, da un vincolo territoriale fra i *vicini*, i *pares*, *consortes*, *commarcani*. Quando la marca non fu più la comunità di villaggio nell'estensione primitiva, perchè solo alcune terre restarono indivise e la proprietà individuale si era affermata, essa non venne a cessare, e se perdè il carattere sociale, mantenne quello giuridico ed

---

(1) Waitz, *Altdeutsche Hufe*, p. 12 ss: Homeyer, *Ueber das Germ. Loose*, 29; Grimm, 12.

(2) Contro Zimmerle, 12; Gierke, I, 74, 87; Sohm, 334; Dahn, III, 12; Arnold, 317, 322; Peucker, *Kriegswesen d. deut. Urzeit*, I, 225.

economico. Essa comprendeva parecchie famiglie viventi sullo stesso territorio, e aveva lo scopo di assicurare loro il possesso famigliare con una difesa mutua, e l'uso di quelle terre comuni ancora indivise, che si continuavano a chiamare *marca*. Quest'ente che aveva ancora la sua impronta di patriarcale e di comunità di villaggio, fungeva come il dispensatore del possesso individuale, esercitava diritti ereditari anche nelle terre divise; aveva i suoi tribunali tenuti da *vicini*, destinati a conservare la pace nella marca, a dirimere le questioni relative alla cultura dei campi e al rispetto dei confini (1). La marca manteneva della *sippe* da cui originava i caratteri più sostanziali; essa pure voleva essere per regola un corpo chiuso, e fu sempre animata da un forte sentimento di solidarietà fra tutti i commarcani.

CAPO VII.

IL DIRITTO E LA PACE (*).

26. I Germani al tempo di Tacito non avevano leggi scritte, ma vivevano sotto l'impero di usi e consuetudini e della tradizione che aveva dato ai principali istituti della vita pubblica e privata base stabile e regole fisse, e doveva scemare, per quanto era possibile, l'arbitrio e il diritto del forte. Queste norme consuetudinarie non erano prescrizioni generali, ma provvedimenti, che la comunità prendeva pei singoli casi, non per mezzo di organi speciali, ma da se stessa nelle sue riunioni, e dietro il consiglio dei sapienti, depositarii della tradizione giudiziaria, che passava raccomandata alla memoria, di generazione in generazione, sotto forma di aforismi, i quali anche nella loro concisione rivelano l'esistenza di idee e istituzioni giuridiche sufficientemente sviluppate (2).

Ciò che distingueva il loro diritto era l'alto valore dato alla personalità umana, il profondo sentimento della libertà e dell'onore, in un senso ignoto ai Greci e ai Romani, e per contrario la mancanza del concetto oggettivo della legge. Così forte era l'idea della libertà che non si era obbligati di sottostare ai regolamenti, alla cui formazione non si era partecipato: e questa libertà, incompa-

(*) **Bibliografia.** — Bethmann-Hollweg, I, 2-23. Sulla pace e sull'esclusione da essa rimandiamo al *Diritto penale*.

(1) Inama-Sternegg, *Die Ausbildung der grossen Grundherrschaften*, 1878, nelle *Forsch. z. Socialwiss.* di Schmoller, I, 1, p. 9.

(2) Sui proverbi tedeschi vedi le raccolte e le spiegazioni di Eisenhart (1823), Hillebrand (1858), Graf e Dietherr (1864). Quest'ultima ne contiene 3698.

tibile colla convivenza sociale, non riceveva altra limitazione che dai patti che gli individui volontariamente accettavano e dai tradizionali *boni mores*. Le vicende di questo principio di libertà fino alla finale vittoria di quello della legge, la quale è l'elemento precipuo nella moderna vita politica e giuridica, sono uno dei fatti più salienti della storia del diritto germanico.

Il diritto pubblico non presentava un complesso di regole astratte stabilite dall'autorità, ma esisteva nel sentimento dei componenti il popolo, i quali lo avevano fissato per un patto, lo interpretavano e lo svolgevano essi nelle pubbliche riunioni. Non ammettevano altre norme che le necessarie per regolare i rapporti fra persona e persona, e poichè analoghi a tali rapporti consideravano anche quelli che legano l'individuo al tutto politico, così non distinguevano fra diritto pubblico e privato, ma davano a tutto il diritto un carattere privato; la qual cosa era più conforme alle condizioni dei gruppi famigliari, in cui il diritto si era sviluppato. Da ciò l'essenza dell'antico stato germanico diversa da quella del romano: qui il diritto pubblico aveva per soggetto l'*universitas* del popolo; là i singoli cittadini, che erano tutti investiti di eguali diritti, e la cui libertà era sempre piena. Quindi la famiglia e l'individuo non avevano a coordinare le loro attività con quelle degli altri, nè la loro personalità e libertà erano inceppate dall'ingerenza della *civitas*. Da questo stato di cose dipendeva il carattere tutto personale e famigliare che assumeva l'offesa del diritto, in quanto che il diritto era un attributo non scindibile dalla persona; ed in conseguenza la reciproca protezione del diritto che era assicurata per patto dalla comunità, e il proposito ugualmente pattuito di mantenere le unioni delle *civitates* e delle centene non avevano in vista che guarentire i diritti dei singoli, la libertà e l'integrità personale dell'associato, non lo scopo obbiettivo della legge e della giustizia sociale.

27 (*). Questa protezione della libertà personale era la pace (*friede*), lo stato, in cui il diritto di ciascuno e di tutti era protetto per l'assenso generale, la condizione del diritto e il diritto stesso (poichè l'assieme dei rapporti riconosciuti e protetti dalla comunità formava il diritto). La pace significava ordine e sicuro esercizio della libertà, il vincolo che univa i singoli, la relazione in cui tutti stavano fra loro. Essa era imposta dagli dei, e aveva sanzioni e formole sacrali: la religione e la consuetudine si erano associate per stabilire l'ordine, assicurare la vita e la libertà ai

(*) **Bibliografia.** — Lehmann, *Der Koenigsfriede der Germanen*, 1886; Grimm, 417, segg.; Wilda, *Strafrecht der Germanen*, 1842, pagina 224, segg.; Brunner, § 22.

membri della comunità, su una base solidissima, quella della pace pubblica, che rappresentava l'attuazione del diritto e la sua difesa, ed era garantita dalla protezione di tutti e dalla solidarietà di tutti i membri fra loro. I re si gloriavano di mantenere la pace, e i popoli del nord la chiamarono la consecrazione dell'uomo e l'inviolabilità della sua persona. Chi era nella pace del popolo, voleva dire che aveva riconosciuto il suo diritto; egli poteva domandare il soccorso della forza dei consocii, l'intervento dei magistrati se offeso, per ottenere la punizione del reo: e trovava appoggio in essi, se esercitava legittima vendetta contro gli offensori suoi. E quindi per l'offesa fatta al diritto di un singolo, era contemporaneamente rotta la pace di tutti, perchè unica era la pace che abbracciava tutti i membri di un gruppo sociale.

Di regola la pace si estendeva soltanto a quelli che facevano parte del popolo, cioè ai liberi, idonei alle armi; tuttavia non ne erano esclusi gli stranieri, che non abbandonavansi alle aggressioni individuali; le donne, i minori e i servi erano privi di questa difesa sociale, ma pure indirettamente ne fruivano, e su loro la esercitava il padre, il marito o quel libero, che li aveva sotto il suo mundio o signoria e che godeva la pace. Questa pace del diritto o pace legale, distinta dalle paci convenzionali e giurate, e che era lo stato normale dei liberi membri di una comunità, assumeva carattere e importanza speciale di protezione più intensa, quando era accordata per certi luoghi e per determinati periodi. Si poteva avere la pace dell'assemblea, dell'esercito, delle stagioni o dei mesi consacrati all'agricoltura, la pace dei boschi e delle case. Dove il popolo era radunato, in pace o in guerra, era presente la divinità e i sacerdoti indicevano la pace (*silentium*). Tutti quelli che facevano parte dell'assemblea, o erano di fronte al nemico, stavano sotto l'egida della divinità; e se erano colpiti di vendetta pur giusta ed autorizzata, ogni offesa contro essi era punita più severamente pel disprezzo della pace proclamata. Anche ogni casa, ogni corte aveva la sua pace che la rendeva un santuario inviolabile. L'altare domestico rendeva la casa un luogo sacro, immune, in cui non potevasi entrare mano armata, nemmeno per esercitarvi legale vendetta. I boschi avevano parimenti la loro pace che più tardi si fuse coll'idea dell'asilo nelle chiese (1). Di una pace del re, pace che circondava la sua persona e dimora e che egli poteva comunicare ai suoi ufficiali, non havvi traccia al tempo di Tacito, perchè essa sorse solo quando il potere regio si affermò; e allora sostituì la pace del popolo. Quanto più si rafforzava il potere del re, tanto più si allentavano gli antichi vincoli di solidarietà coi

(1) Fuld, *Asylrecht. in Altert. u. Mittelalt. Z. f. vergl. R. W.*, 1887.

quali la comunità difendeva il diritto e la pace propria e dei suoi membri.

28 (*). Nel diritto germanico abbondava la simbolica: nelle immagini e nelle finzioni materiali i Germani cercavano l'espressione di ogni idea; volevano le prove sensibili. Essi ristaurarono in Europa il simbolismo, che il diritto romano col suo raziocinio positivo aveva espulso; e le loro finzioni si perpetuarono poi con senso misterioso per quell'attrazione che esercita sull'uomo l'antico, l'ignorato e il solenne. I simboli germanici erano per lo più agresti, tolti alla natura, alle loro abitudini ed usi religiosi; ne usavano con profusione. La gleba rappresentava il campo, un ramo il bosco, la chiave o la porta indicavano la casa; ber vino nelle vendite, baciare nelle donazioni nuziali esprimevano che il contratto era perfetto; l'anello consegnato voleva dire che la promessa di nozze era fatta, e la zolla deposta sull'altare, che la donazione era compiuta. Un pugno di terra si portava al Tribunale se vi era lite su un fondo, e con un pugno di terra, o un ramo di albero, o un fuscello di paglia, o un guanto si faceva la cessione di una terra. Chi stipulava un contratto gettava una paglia nel seno del contraente, o spezzava un bastone, perchè poi le parti riunite provassero il contratto. Chi occupava una casa vi accendeva il fuoco: chi l'abbandonava, lo spegneva. Il fuoco era il simbolo della famiglia e della proprietà. Colla bocca e la mano si esprimeva ogni idea di potestà domestica e politica, di amicizia, fraternità e pace, onde poi si disse *mano morta* chi non poteva compiere alcun atto giuridico e non aveva potestà di sè. Il sesso maschile e lo stato libero avevano i loro simboli, la lancia e la spada: il femminile il fuso. Di questi simboli e riti sono pieni i monumenti giuridici posteriori; e alcuni si perpetuarono per parecchi secoli anche in Italia.

(*) **Bibliografia.** — Reyscher, *Beitraege zur Kunde d. deut. R. I. Symbolik d. germ. R.*, 1833; Gierke, *Humor in deut. Recht*, 1887; Michelet, *Les origines du droit franc.*, 1837. Chassan, *Essai sur la symbolique du droit*, 1847; Thümmel, *Symbolik des altdeut. Bauernrecht*, 1887; Wolf, *Rechtsymbolik aus span. Quellen. Wiener Sitzung Ak.*, 1866, IV; Grimm, *Deut. Rechtsalt.* Sopra alcuni saggi della simbolica giuridica italiana vedi l'*Archivio delle tradizioni popolari* del Pitré e Salamone Marino, Palermo, e nella *Bibliot. delle tradiz. pop. siciliane*, i 4 vol. dei *Proverbi* e i 4 degli *Usi* del Pitre, 1889.

PARTE SECONDA

LE FONTI DEL DIRITTO ITALIANO

SEZIONE PRIMA: Periodo Germanico.

CAPO I.

LEGGI GERMANICHE: FORMAZIONE DI LEGGI SCRITTE (*).

29. Lo spostamento dei Germani dalle loro sedi per invadere l'impero romano, la fondazione dei regni germanici, l'avvicinamento alla civiltà romano-cristiana ebbero per effetto di fare ridurre in iscritto le consuetudini di quelle popolazioni, le quali, ad eccezione dei Goti, non possedevano, prima del v secolo, leggi scritte. La redazione in iscritto delle consuetudini prevenne il pericolo che queste divenissero incerte o si alterassero anche pel contatto permanente con diversi elementi che vivevano secondo leggi diverse, o l'altro che le tribù assorbite dalle nazioni che si formavano, smarrissero coll'individualità politica anche il diritto: ma non mutò i caratteri di quelle consuetudini, giacchè le *leges* continuarono a costituire ciò che i Romani dicevano *jus non scriptum*. Timore dei vecchi che i nipoti obliassero l'antico diritto, la necessità di fissare il diritto fra i vinti e i vincitori, di stabilire ciò che era patrimonio ed onore di questi, ciò che era lasciato in grazia a quelli, giacchè i Germani a differenza dei Romani non estesero ai vinti le proprie leggi, ma o perchè riguardassero il loro diritto come qualche cosa di superiore o lo ritenessero inapplicabile ad altri, non accomunarono sè e i Romani sotto le stesse leggi — ecco altre ragioni che condussero alla redazione delle leggi germaniche. Altre volte fu per costituire un diritto internazionale o misto che permettesse la pacifica coesistenza dei due popoli, oppure per impedire che i Germani soprafacessero i Romani. In questo

---

(*) **Bibliografia.** — Davoud-Oghlou; Sohm, pag. 100; Pertile, § 12; Zoepfl, § 1-3; Brunner, § 36-38; Platner, *Ueber die historische Entwickelung des Systems und des Charachters d. deut. R.*, I, 1852.

caso i re diedero leggi speciali e diverse per gli uni e per gli altri, pei Germani codificando le antiche consuetudini, pei Romani raccogliendo in collezioni brevi e succinte il loro diritto che era disseminato in svariate fonti, leggi, costituzioni. scritti di giureconsulti. Quelli poi che non emigrarono, dovettero la redazione delle loro leggi ai re franchi i quali lasciando che ogni popolo vivesse secondo il proprio diritto, lo fecero però mettere in iscritto da *sapientes* di quel popolo, e dopo che questi avevano presentato al popolo il progetto e gli uomini liberi l'avevano approvato solennemente come conforme agli usi tradizionali, lo promulgarono per loro autorità, affine di regolare stabilmente gli ordini interni: e dippoi si attribuirono la facoltà di aggiungere, modificare nell'interesse della monarchia i diritti fissati in iscritto per loro ordine. Così si hanno per il modo di origine e il carattere giuridico tre generi di leggi germaniche: quelle dei popoli emigrati (Salii, Franchi, Ripuarii, Alamanni, ecc.), e quelle dei popoli non emigrati (Sassoni, Frisoni e Angli); dette *leges barbarorum*, *leges populares;* e infine quelle di carattere internazionale pei Romani chiamate *leges romanae.*

Le *leges* contenevano il diritto popolare: le chiamavano anche *pacta* o *ewa*, espressioni che dimostrano come la legge non fosse imposta da un potere legislativo, ma concordata e accettata da tutti i membri del popolo: altre ancora erano dette *justicia*, *judicia*, *forum judicum* perchè fissavano il diritto che scaturiva dalle sentenze dei Tribunali o che in essi era stato riconosciuto, veri usi giudiziarii: altre infine erano chiamate *edictum*, *decretum*, *constitutio*, nomi copiati dal diritto romano e adoperati probabilmente per indicare che il re era il protettore naturale della legge, non mai però per riconoscergli un'autorità indipendente dalla nazione. Comunque chiamate, esse erano opera del popolo, deliberate dal popolo, da lui approvate solennemente nell'assemblea dove interveniva armato di lancia (*per gairethinx*); ed erano perciò superiori al re che non poteva abrogarle, nè correggerle e completarle senza l'adesione del popolo. Le revisioni, le aggiunte e i rimaneggiamenti a cui quasi tutte le leggi andarono soggette, non furono interamente opera personale dei re nè l'avrebbero potuto essere. Il re iniziava il lavoro di revisione, collaborava col popolo, e tutto era fatto coll'intervento e l'assenso dell'assemblea popolare. Però il re, per la sua qualità di protettore della pace e in forza del suo banno regio, poteva emettere ordini che erano indipendenti dalla volontà del popolo, che avevano vigore non nei Tribunali del popolo dove solo vigeva la legge popolare, ma esclusivamente in quelli del re e la cui attuazione spettava al potere esecutivo. Questi ordini regii rappresentavano una specie di *ius honorarium* di fronte al *ius civile* ossia alla legge popolare, e come il diritto

pretorio romano, potevano accomodare il *ius civile* ai bisogni e alle mutate condizioni sociali e politiche. Tale dualismo fra i due diritti emerge specialmente nel periodo franco per opera dei Carolingi, sotto i quali sviluppasi in forma di capitoli un *ius honorarium* cioè una serie di disposizioni che intaccano l'antico diritto e l'accomodano ai tempi (1). Ciò prova ancora come il diritto regio sia sempre più recente e presupponga un diritto nazionale o popolare il quale si distingueva dal regio anche per un altro motivo; che, mentre questo ultimo era territoriale, cioè valeva per tutti i popoli anche viventi a legge diversa, su cui dominava il re, il primo era personale, cioè non valeva se non pei membri di quel popolo che si era data quella legge.

30. La materia trattata in queste leggi è di preferenza il diritto penale: poco di diritto privato, pubblico e processuale: generalmente sono cataloghi di reati e di pene; e questo carattere è dovuto a diversi motivi: 1. che essendo le *leges barb.* dei patti fra diverse tribù, era indispensabile, affinchè potessero vivere assieme, che si accordassero anzitutto sulla punizione dei reati e la soddisfazione delle *sippe*, perchè non avessero a divampare guerre private; 2. perchè col sistema delle composizioni in denaro le materie più controverse dovevano essere le penali e quindi quelle che più interessava di sciogliere; 3. perchè le infrazioni che oggi costituiscono dei delitti di azione pubblica erano allora riguardate come offese private e la legge doveva di preferenza statuire per togliere pretesto alle vendette. Il diritto pubblico è generalmente scarso: alcune (*Leges Rip. Alam. Baiuw.*) vi accennano appena: altre (*Leg. Lang.*) se ne occupano un po' più diffusamente. Il diritto privato è limitato a poche cose; non teorie generali e se qualcuna vi si trova (*Leg. Wisig. Baiuw.*), è presa dal diritto romano: esso sta confuso colle materie penali, perchè è considerato da quei punti di vista che implicano un'infrazione del diritto. Codici completi non lo sono: nè tutte contengono disposizioni sulle stesse materie; ma possono fino a un certo punto completarsi a vicenda. Tutte, comprese quelle dei Germani del Nord, offrono analogie dipendenti dalle affinità etniche dei Germani, analogie che in maggior numero incontransi in quelle leggi appartenenti a popoli o della stessa schiatta o che più a lungo vissero uniti: cosicchè si è tentato di raggrupparle in famiglie (2): ma ciò non toglie che ognuna di

(1) Dottrina di Sohm accettata da Brunner.

(2) Famiglia franca (lex Salica e Ripuaria); sveva (lex Alam. e Baiuw.); svevo-gotica (lex Burgund. e Wisigot.); sassone (lex Saxon. e Anglo-Saxon.). La *lex Fris.* starebbe da sè; la *lex Thuring.* sarebbe un misto di diritto franco e frisio. Il diritto longobardo presenterebbe alcune analogie coi diritti alamanno, bavaro e sassone e più col visigoto e salico.

esse abbia la sua fisionomia e caratteri speciali, derivanti dell'ambiente e dai contatti che ebbero i diversi popoli.

Sono scritte in latino volgare e appaiono opera di Germani piuttostochè di Romani per la pessima lingua usata e per le molte parole tedesche che vi si trovano (1), spesso accompagnate da una traduzione latina, e messevi per rendere comprensibile il testo ai nazionali. Molte parole tedesche sono latinizzate solo coll'aggiunta di una semplice desinenza, e molte frasi e parole composte sono tradotte letteralmente, ma in tal modo da renderle inintelligibili e senza significato. Sono frequenti gli idiotismi rimasti poi nei dialetti romanzi (2). La dizione è semplice, concisa, convenzionale, spesso involuta in un periodo sbagliato ed oscuro. La maniera di concepire è sensibile: è solo generalmente colpito il lato materiale ed apparente; quindi le immagini poetiche, le espressioni figurate, i simboli che vestono il pensiero non ancora maturo e traducono i rapporti delle cose con segni che parlano agli occhi. Non teorie, non principii astratti, ma i concetti generali si strascicano nelle particolarità e nelle enumerazioni entro le quali lo studio li va scoprendo; non regole generali, ma casistica lunga, minuziosa, in guisa che al giudice non è lasciata libertà di muoversi e trarre le conseguenze dalle massime, perchè ogni caso ha la sua prescrizione. La ragione delle leggi è data con petizioni di principio. Nulla di scientifico, di elaborato; deficiente o scarso l'ordine nella disposizione delle materie.

Essendo state redatte dopo la conversione dei Germani al cristianesimo, rarissimi residui pagani contengono e sono nello spirito cristiane; il diritto ecclesiastico è molto sensibile nelle leggi visigote, longobarde e alamanne (3). Egualmente tutte più o meno sentono dell' influenza romana e ogni giorno si vien dimostrando che i Germani non presero ai Romani soltanto la lingua per scrivere le leggi, ma anche qualche cosa del diritto che si impose (4).

I testi di tutte le leggi sono stati rimaneggiati, accresciuti nel corso del tempo; e solo le leggi longobarde e anglosassoni ci sono arrivate nell'ordine e nella forma con cui furono promulgate. Nelle altre le aggiunte furono fuse nel corpo senza indicazione di

---

(1) La *Lex Burg.* fu scritta però da un romano ed è dubbia la nazionalità dell'autore della *Lex Alaman.*

(2) Caballicare, camisia, cucinare, poletrus, absentare, se adunare, alterum tantum, barba (zio), battitura, comparare, mansio (magione), striga. V. Gaudenzi, *Compilaz. visigot.* (cit. a pag. 57), pag. 94.

(3) Calisse, *Dir. eccles. e dir. langob.*, 1888; Tamassia, *Fonti*, (v. § 34); Gfrörer, *Zur Gesch. deut. Volksrechte im Mittelalter.*, 2 vol., 1866.

(4) Savigny, I, p. 329-371, 409-426, 440: Del Giudice (v. § 34, p. 52).

tempo e di origine, se erano, cioè, deliberazioni del popolo, proposte del re o sentenze di tribunali; e ora si ritiene che queste revisioni e ricompilazioni, eccetto che per la legge dei Visigoti, non furono lavori officiali, ma opera di scrivani che disponevano il diritto vecchio accanto al nuovo, inserendovi anche glosse e interpretazioni dei tribunali: e queste intromissioni avevano finito per alterare non poco gli antichi diritti, tal che Carlo Magno procedette a una generale revisione delle leggi e le emendò (*leges emendatae*).

CAPO II.

PERSONALITÀ DELLE LEGGI GERMANICHE (*).

31. Tanto i primi re germanici che vollero governare quali rappresentanti dell'Impero, quanto quelli che divennero indipendenti nè riconobbero alcuna sovranità dell'imperatore, lasciarono agli abitanti delle provincie romane la facoltà di vivere secondo il diritto loro di origine, ossia non li sottoposero all'osservanza delle consuetudini germaniche almeno per quelle materie che, per la pacifica coesistenza sullo stesso territorio dei vincitori e dei vinti, non era necessario diversamente regolare. Si ebbe così un diritto personale per ogni individuo, determinato dall'origine propria, ossia si ebbe che i Germani e i Romani, coabitanti sullo stesso territorio e sotto le stesse autorità, praticavano le loro rispettive leggi di origine e dovevano essere giudicati secondo il loro diritto nazionale davanti a qualsiasi giudice. Non il domicilio, ma l'origine determinava quindi la condizione delle persone, i rapporti di famiglia, quelli di proprietà, ecc.

Il principio della personalità delle leggi che non è di origine germanica, che cioè non è proprio dell'antico diritto germanico (così pensava Zoepfl), che non dipende dai concetti soggettivi che si avevano del diritto (opinionedi Walter), ma che è il frutto di circostanze storiche verificatesi nei primi momenti delle invasioni, spe-

(*) **Bibliografia.** — Savigny, I, p. 76 segg.; Pardessus, *Loi salique* p. 437 segg.; Stobbe, *Personalität und territorialität des Rechts* nei *Jahrb. d. gem. d. R.*, VI, 21 segg.; Giorgietti, *Archivio Stor. ital.*, 3ª serie, XVII, 404 segg.; Padelletti, id., XX, 431 segg.; Salvioli, *Nuovi studii sulle professioni di legge nelle carte medioevali italiane* (negli *Atti e memorie delle deputaz. di storia patria per le provincie Modenesi e Parmensi*, serie III, vol. II, 1883; Gaupp, *Die german. Ansiedlungen*, § 33, e nella *Z. f. d. R.*, XIX, 161; Bethmann-Hollweg, I, 455, II, 72-85, 283-290; Lupi, *Cod. diplom. bergom.*, I. 213-232; Muratori, II, diss. 22; Waitz, II, 1, 108 segg., III, 344 segg.; Zdekauer, *Riv. ital.*, III, 1887, p. 234 segg.; Brunner, § 34; Pertile, I, 53, 153, 341.

cialmente nelle Gallie, trovò la sua piena applicazione ed estensione nella monarchia franca, la quale per le molteplici annessioni di popoli viventi a diverse leggi, trovò necessario di dover rispettare i diritti nazionali lasciando non solo ad ogni paese di vivere secondo la propria legge antica, ma ad ogni individuo secondo la propria legge nazionale. L'applicazione della personalità delle leggi presso quei popoli germani che non uscirono dalle loro sedi (Sassoni, Bavari ed Alamanni) e che in grandi masse vivevano nell'interno della Germania, data appunto dal giorno in cui essi divennero parte dell' impero franco. Parve allora naturale che, dal momento che i Franchi essendo una tribù non potevano imporre il loro diritto agli altri, se, occupando un paese, lasciavano alle popolazioni annesse di vivere secondo il diritto loro, queste potessero e dovessero cotal diritto portare con sè ovunque si recassero. Ciò forse si invocava in nome di reciprocità, perchè soltanto a favore dei sudditi dell'impero franco la personalità del diritto era in uso, non in favore degli estranei all'impero, verso i quali non avendosi allora modo, per le condizioni del diritto internazionale, di chiedere reciprocità, nemmeno la si accordava; difatti agli stranieri, a quelli cioè che non facevan parte delle nazioni componenti l'impero franco, non si concedeva l'uso delle loro leggi. Del resto questa molteplicità di leggi sullo stesso territorio non dava luogo a quelle difficoltà che si potrebbero a prima vista pensare, imperocchè le leggi professate avevano analogie evidenti e un fondo comune, non vi erano antagonismi fra esse ma differenze di poco momento; circostanze che ne permettevano la coesistenza.

In forza di questo principio avveniva spesso che nello stesso *vico* dimorassero famiglie viventi a legge diversa e che quindi in ogni negozio dovesse farsi sempre la questione intorno alla legge che doveva essere seguita. Questa singolarità di cose portò alla formazione di un diritto internazionale che risolveva le questioni che il principio della personalità delle leggi poteva far sorgere: ma d'altra parte il carattere unilaterale che avevano tutti i negozii non che tutti gli atti processuali nel diritto germanico, scemava di molto le difficoltà. Le pene private, come il guidrigildo, dovevansi soddisfare secondo il diritto di nascita dell'offeso; invece le pubbliche, secondo il diritto nazionale dell'offensore (1). Tutti gli atti processuali, prove, giuramento, mezzi di purificazione si svolgevano secondo la *lex originis* del convenuto che era la parte attiva in processo. I contratti extragiudiziali, vendite, donazioni, locazioni, ecc., essendo unilaterali come i giudiziarii, erano regolati secondo il

(1) L'uso della *lex loci delicti commissi* trovasi per la prima volta nel sec. IX in Italia. Brunner, I, 262.

diritto di origine della parte che li compiva: se l'atto era compiuto dal venditore era il diritto di lui che dovevasi adoperare, se dal compratore era il diritto di quest'ultimo. Il matrimonio doveva compiersi, essendo una compra della donna, secondo il diritto dello sposo; la tutela secondo quello dei pupilli; la successione si devolveva secondo la legge del morto. Il tribunale avrebbe dovuto essere misto se le parti o i convenuti appartenevano a diversa nazione, e lo era qualche volta, ma non per regola, perchè la legge essendo scritta gli scabini potevano prenderne conoscenza e giudicare anche secondo leggi diverse dalla propria.

Il conoscere la legge personale delle parti era quindi di grande importanza e di interesse pubblico. Questa legge doveva essere quella di origine (Lupi, Savigny, Pertile, Padelletti) e libera non ne era la scelta (1): ogni arbitrio era escluso. I figli seguivano la legge del padre, gli illegittimi quella della madre, gli adulterini quella che volevano: i manumessi la legge del patrono; i servi erano regolati dalla legge del signore. Eccezioni alla regola vi erano per la moglie e pei chierici. La donna andando a marito abbandonava la propria legge di origine e seguiva quella del marito che la rappresentava in ogni atto: divenendo vedova riprendeva la legge sua d'origine, anticamente solo quando uscisse dal mundio dei parenti del marito defunto, ma dopo il secolo IX sempre. Questo avveniva per diritto comune. Invece i chierici, che potevano, volendo, conservare il loro diritto d'origine e che secondo questo erano giudicati (e a questo difatti si attennero fin verso il mille), usarono nel corso del secolo XI ed in seguito la legge romana (2); ciò perchè la chiesa quale ente morale che non apparteneva ad alcuna tribù, anche per esplicito riconoscimento del diritto franco, viveva secondo la legge romana ai cui principii aveva informato l'ordinamento della gerarchia e del suo patrimonio, e a cui si era mantenuta fedele, come a quella che tanti privilegi le assicurava. Sebbene nessuna eccezione fosse dalle leggi fatta pei chierici al principio ed essi pure si dovessero regolare secondo il loro diritto di origine (*ex natione mea*), fu solo dopo il mille, quando già declinava l'antico rigore che imponeva l'osservanza della legge di origine, per imitazione, per le sollecitazioni dei concilii e per una larga interpretazione delle leggi carolingie, che si videro gli ecclesiastici rinunziare al loro diritto di origine per assumere il romano (3).

---

(1) Come vorrebbero Giorgetti, Liverani, Muratori.

(2) Pieri, *De usu juris langobardici apud ecclesiasticos m. ævi*, 1774; Loening, *Gesch. d. deut. Kirchenrechts*, II, 284-304; Salvioli, 2-21.

(3) *Ego clericus qui ex natione mea professus sum lege vivere langobardorum sed pro honore sacerdotii lege videor vivere romana* (a. 1170).

32. Queste dichiarazioni della legge di origine che tutti dovevano seguire per diritto comune, come le dichiarazioni delle leggi diverse che le donne sposandosi dovevano adottare e i chierici lo potevano a piacere, si dicevano *professiones iuris*. La personalità del diritto rendeva necessario che nello stipulare atti notarili o davanti ai tribunali la parte manifestasse la legge d'origine o quella sotto cui intendeva di vivere. L'uso di queste professioni si introdusse per la prima volta nei documenti notarili italiani della seconda metà del secolo VIII, passò negli atti giudiziarii e si mantenne fino al secolo XIV e XV (1). Non era una dichiarazione obbligatoria da farsi da tutti i liberi al censo (così Merkel) perchè trattandosi della legge di origine e non di una legge a scelta, questa formalità era superflua: ma la si faceva soltanto nello stipulare gli atti perchè il notaio sapesse il diritto che la parte seguiva. Nel secolo VIII, le diverse genti che abitavano le città dell'Italia superiore e centrale, erano profondamente separate da differenze di origini, tradizioni e leggi, ed ognuno ad esse ci si atteneva scrupolosamente (2). Ma col tempo ciò cambiò, e a poco a poco l'eccezione in favore della libertà del diritto da praticarsi nei contratti che un re longobardo aveva fatto, si estese a tal punto, che dopo il 1000 la schiatta aveva perduto ciò che aveva di specifico e la sua importanza: i notai la menzionavano per abitudine, le professioni non ebbero più base giuridica, non furono più quelle della legge di origine, ma divennero libere, nè vincolavano per tutta la vita, ed anzi fu perfino possibile la professione nello stesso tempo di leggi diverse. In verità col tempo negli strati sociali erano scomparse le differenze originarie fra romani e longobardi, e le tradizioni intorno all'origine non si erano mantenute che nelle grandi famiglie dove più a lungo si conservò l'uso di avere un diritto personale e di vivere ciascuno in quello. Così la professione di legge si trasformò in una formola notarile di nessuna importanza, perchè ormai l'idea

(1) Salvioli, 21 e segg.

(2) Per mezzo di queste professioni si può conoscere approssimativamente a quale nazionalità apparteneva la maggioranza degli abitanti: e si trova che prevalevano i Romani (ad Asti nella seconda metà del secolo X le carte danno 79 professanti legge romana su 111; a Novara 25 su 41. Baudi di Vesme e Fossati, *Vicende della proprietà in Italia*, 1836, pag. 198): fatto notevole che mostra la persistenza e resistenza dell'elemento romano in mezzo al germanico che dominava nelle istituzioni politiche, prova come i Romani non solo conservassero libertà, proprietà e diritto, ma ancora costituissero una classe numerosa e forte economicamente in quanto che le carte che li nominano, riguardano mutamenti di proprietà fondiaria, e lascia travedere come prima del 1000 la popolazione romana abbia per lo meno tenuto in bilico la germanica e il diritto romano, sempre professato abbia potuto contrastare, influire sul germanico e poi soverchiarlo.

del territorio andava sempre più soverchiando quella della personalità della legge. Al secolo XII le professioni di legge non avevano più per effetto di ottenere un giudizio fondato sulla legge professata, perchè ormai tutti erano sottoposti al diritto municipale. Cadute d'importanza non tardarono di andare in disuso e ad essere abbandonate dai notai. Solo eccezionalmente, e per Roma appunto, si trova da re Lotario e da Corrado II (1038) ordinato alla cittadinanza romana di dichiarare collettivamente la legge, e non uno per uno, come pensano Savigny ed Hegel; e ciò perchè per la grande miscela dei diritti, non si era potuto stabilire quale fosse il preponderante. Nel secolo XII trovasi che alcune città italiane scelsero la legge; e ciò piuttosto arbitrariamente e per lustro che collo scopo di affermare il diritto della maggioranza.

Conseguenza definitiva della personalità del diritto presso i Germani fu, in tesi generale, il riconoscimento della legge romana come giure proprio dei vinti, accanto ai diritti germanici. Questo diritto romano non era classico, ma il diritto volgare che rispondendo più ai bisogni pratici che alla logica giuridica viveva nella coscienza popolare, e rappresentava una neoformazione o degenerazione del diritto romano classico, causata e dal suo naturale sviluppo abbandonato a se stesso, e dall'infiltrazione di consuetudini locali e poi di elementi germanici.

CAPO III.

LEGGI GERMANICHE PUBBLICATE IN ITALIA.

33. (Diritto ostrogotico) (*). Ai re ostrogoti che dominarono in Italia dal 493 al 553 appartengono due importanti monumenti legislativi: l'*Edictum Theodorici* e l'*Edictum Athalarici*.

L'*Editto di re Teodorico* (454-526) è composto di 154 brevi capitoli senza ordine; non è un lavoro privato (Leo), nè un trattatello didattico di diritto o un epitome (Gloeden, Zoepfl), ma un'opera di legislatore, come lo dicono il nome di Editto e l'ordine di osservarlo, sebbene dal contenuto e dalla brevità sua appaia manifesto non essere una codificazione che abbracci tutto il

(*) **Bibliografia.** — Edizioni: v. capo IV. Padelletti, *Fontes iuris italici*, 1877. Cassiodori, *Opera*, 1579 (e nella Patrologia latina del Migne). Bluhme, *Mon. Germ. Leges*, V, 145 e seg.

Rhon, *Commentatio ad E. Th.*, 1816; Glöden, *Das roem. Recht im ostgoth. Reich*, 1843; Gaudenzi, *Gli Editti di Teod. e di Atal. o il diritto rom. nel regno degli Ostrogoti*, 1884 e nella *Z. f. R. G.*, XX, 29; Pertile, I, 104 segg.; Lamantia, c. 2 e 4; Ciccaglione, I, 24-45; Brunner, § 52; Karlowa, *Röm. R. G.*, I, 947 segg.; Puchta, *Roem. R. G.*, § 137; Savigny, I, 377-381.

diritto. Difatti la maggior parte delle disposizioni si riferisce al diritto penale e poche al diritto privato; vi si contemplano i reati e i disordini più frequenti: e ciò allo scopo di assicurare la prevalenza delle leggi penali romane sopra le consuetudini germaniche dei Goti. Anche molte delle disposizioni non sono nuove, ma prese dal diritto che vigeva in Italia al momento in cui il suo autore, Teodorico, si insediò a Ravenna coi suoi Goti, dal diritto romano (*leges et iura*), dai codici gregoriano, ermogeniano e teodosiano, da novelle postteodosiane, dagli scritti di alcuni giuristi (Gaio, Papiniano, Ulpiano, ecc.); però il redattore, certo un romano (Savigny), tutto rimaneggiò, contenuto e forma. Teodorico che nulla innovò nella costituzione politica d'Italia, che cercò di incorporare i Goti nello stato romano e fonderli coi Romani, riservando a quelli il privilegio delle armi, non solo mantenne le leggi romane, ma tentò adattarle ai suoi Goti; e frutto di tale politica fu la pubblicazione del suo Editto, il quale ha come base il diritto romano, senza però essere una pura legge romana, perchè sebbene vi prevalgano disposizioni contrarie al diritto germanico (1), l'influenza di questo non è interamente eliminata.

Con esso il re si indirizzava ai Goti ed ai Romani nell'intendimento di regolare i rapporti più importanti del nuovo stato e specialmente per assicurare ai provinciali la protezione del diritto. Ma oltre provvedere alla quiete pubblica e dirimere le controversie fra i due popoli, Teodorico volle anche romanizzare i suoi Goti e perciò volle che l'Editto fosse per essi, dove espressamente statuiva, una legge derogatoria delle patrie consuetudini (le quali poi restavano, pei Goti soltanto, in vigore per le materie sulle quali l'Editto taceva) legge che doveva regolare i rapporti giuridici fra Goti e Goti e fra Goti e Romani (2); mentre per le stesse materie nelle relazioni dei provinciali fra loro lasciò in pieno vigore il giure romano.

L'ordinamento giudiziario nel quale avevano la preponderanza gli elementi goti, come la prevalenza di leggi penali ossia di provvedimenti riguardanti l'ordine pubblico, sono due prove di gran peso in favore della persistenza del diritto gotico pei Goti, specialmente per ciò che si riferiva alla famiglia, ed in genere al diritto privato ed in quanto non era stato abolito dall'Editto o in quanto ad esso non contraddiceva; e non rendono accettabile l'opinione che i Goti siano stati per tutte le materie sottoposti al diritto romano che colle modificazioni introdotte dall'Editto avrebbe avuto

---

(1) Così Gaudenzi contro Dahn, *Die Koenige der Germanen*, IV, 8, segg.

(2) Questa è l'opinione di Tiraboschi, Savigny, Hegel, Stobbe, Pertile, Karlowa, Bethmann-Hollweg, Dahn, Brunner.

esclusivo corso nel regno, cosicchè soltanto secondo le leggi romane avrebbero vissuto e i Goti e i Romani (1). Probabile è però che per le ininterrotte amichevoli relazioni fra vinti e vincitori, per la distanza che separava i Goti dagli altri Germani, per l'indirizzo francamente romano del governo goto, le consuetudini gotiche abbiano presto ceduto il posto alla pratica e al diritto volgare romano di cui traccie si trovano nelle leggi ostrogotiche (2), e che anche fra Goti si finisse per seguirlo quasi interamente.

L' Editto di Teodorico è stato promulgato a Roma nel 500 secondo alcuni (3), secondo altri prima del 506 (Dahn) e invece altri lo portano fra il 512 e il 515 (Gaudenzi). La questione della data si è voluta congiungere a un'altra; se l'Editto fu composto sopra l'*Interpretatio* al Breviario visigotico (§ 35, XI), o se questa è posteriore alla promulgazione dell'Editto, che invece sarebbe stato usato per la compilazione dell'*Interpretatio* (4). Nella prima ipotesi la redazione dell'Editto dovrebbe essere posteriore al 506. Ma quest'uso parci molto discutibile; le poche corrispondenze dipendendo dall'avere i compilatori dell'*Interpretatio* e dell'Editto attinto alle stesse fonti, cioè ad un commento a noi ignoto ma usato nelle scuole di quel tempo (Karlowa), cosichè può ritenersi che entrambi siano fra loro indipendenti (5). La data del 500 ci pare essere la più fondata.

L'Editto di Atalarico (526-534) può appena dirsi un atto legislativo, contenendo soltanto disposizioni *contra eos qui praedia urbana vi occupabant et contra fornicarios atque concubinarios* (6); ma altri suoi editti minori sono contenuti fra le *Variae* di Cassiodoro che quale *quaestor S. palatii* li redigeva.

Le leggi ostrogotiche dall'Italia si diffusero nelle provincie di Gallia e di Pannonia che occuparono gli Ostrogoti; ma in Italia ebbero breve durata perchè cessarono come Giustiniano riconquistò l'Italia e promulgò colla *Sanctio pragmatica* le sue leggi.

---

(1) È l'opinione di Gotofredo, Gloeden, Zoepfl, § 19, Walter, § 41, Gaudenzi, p. 60.

(2) Brunner, *Zur Rechtsgesch. der Urkunden*, I, 129.

(3) Ritter, Savigny, Walter, Eichhorn, Bethmann-Hollweg e Schupfer, *L'Editto di Teod., Studii sull'anno della sua pubblicazione,* nelle *Memorie dell'Accad. dei Lincei*, *Classe di scienze morali*, ecc., vol. III, parte I, 1888.

(4) Vogliono che l'*Interpretatio* sia stata conosciuta ed usata dall'autore dell'Editto Gloeden, Zoepfl, Stobbe, Pertile, Gaudenzi, Brunner, Schroeder.

(5) Così Dahn, Walk, Haenel, *Lex rom. visigoth,* XCI, segg.

(6) Manso, *Gesch. des ostgoth. Reiches in Italien,* 1824, p. 405-415, 416-426; Gretschel, *Ad Edict. Atal. comment.*, 1828.

34. (Leggi dei Re Longobardi) (*). Nel 643 (ossia 76 anni dopo la invasione) le antiche consuetudini dei Longobardi, popolo venuto dall'estremo nord d'Europa, dal Jutland (1), furono messe in iscritto per ordine di re Rotari, pubblicate nell'assemblea radunata a Pavia e confermate dal popolo per mezzo di un atto simbolico che si compiva battendo al suolo la lancia (*gairethinx*) (Schroeder) (2). Questa legge, opera del popolo, contenente un diritto completamente popolare, prese tuttavia il nome di *Edictum regis Rotharis*. Consta di 388 capitoli disposti secondo un certo ordine e disegno, cosìchè si possono dividere in sette sezioni: la I* (1-152) tratta delle composizioni pei delitti pubblici e privati; la II* (153-167) delle successioni intestate e del diritto ereditario; la III* (168-177) delle donazioni per causa di morte e dei testamenti; la IV* (178-222) del diritto matrimoniale e di alcune figure di reati attinenti all'ordine di famiglia; la V* (223-226) delle manumissioni; la VI* (227-358) della proprietà e dei contratti; la VII* (359-368) del procedimento. Un' appendice vi fa seguito e contiene disposizioni speciali ed aggiunte.

All'Editto si aggiunsero altre leggi che presero il nome dei re che le proposero e le fecero approvare dalle assemblee, leggi dirette a completare, interpretare, chiarire o modificare il precedente Editto, che in alcune parti pei nuovi tempi si riconosceva *inhumanum et impium*. Re Grimoaldo vi aggiunse 9 capitoli nel 668, Liutprando 153 dal 713 al 735, Rachis 14 nel 746, Astolfo 22 fra il 750 e il 755. A queste leggi vanno congiunti alcuni *Capitula extra Edictum vagantia* (*Memoratorium de mercedibus magistri comacinorum*, in 8 cap.: *Notitia de actoribus regis*, an. 733, in 6 cap.), nonchè le *Leges et pacta principum Beneventi* (*Capitula dom. Aregis post* 774, in 16 cap.: *Capit. dom. Adelchis*, an. 866, in 8 cap.) che sono diritti particolaristi nell'interno dello Stato:

(*) **Bibliografia.** — Edizioni v. capo IV. Padelletti; Muratori, *Rer. Ital. Script.*, I, p. II; Baudi di Vesme, *Mon. hist. patriae*, VIII, 1855; Troya, *Cod. diplom. longob.*, II e III, 1853: *Codex diplom. Cavens.*, III, 1876; Bluhme (ed. scolast. 1869). — Savigny, I, 399-438; Merkel, *Storia del dir. longob.* (nel III vol. della *Storia* del Savigny e nell'*Archivio stor. it.*, XV, 692); Nani, *Le fonti del diritto longob.*, 1877; Sclopis, *Revue hist.*, 1857; Tamassia, *Le fonti dell'Editto di Rot.*, 1889; Bethmann-Hollweg, I, § 60; Turk, *Forsch. aus dem Gebiet der Gesch.*, IV, 1835, 169-250; Pertile, I, § 13; Lamantia, I, 23 segg.; Ciccaglione, I, 74 segg.

(1) Bluhme, *praef.* nei *Mon. Germ. Leges*, IV, 9: *Die Gens Longob. u. ihre Herkunft*, 1868, p. 10 segg. (trad. it. Gennari 1873); Lupi, *Dei caratteri intrinseci per classific. i Longob.*, nell'*Arch. stor. rom.*, 1879, 303-360.

(2) Così Zoepfl, Pertile, Schupfer, Schroeder, *Zeit. f. R. G.*, XX, 59; Pappenheim, *Launegild u. Gairethinx*, 1882, 28.

le *Pactiones de Leburiis cum Neapolitanis factae*, an. 933, in 14 cap.; le *Pactiones Gregorii ducis et Johannis consulis neapolit.*, an. 933, in c. 8; il *Pactum Sicardi*, an. 836, in 19 cap.; la *Divisio Rudelgisi et Siginulfi ducatus beneventani*, an. 851, in 28 cap. Tutte queste aggiunte però non fanno parte del vero corpo delle leggi longobarde che invece è formato dall'Editto, ossia dalle leggi che i re, da Rotari ad Astolfo, promulgarono coll'assenso del popolo. Quelle aggiunte sono atti amministrativi che non avevano forza di legge, disposizioni che i re prendevano di loro autorità, senza la partecipazione del popolo e che senza esso potevano revocare, regolamenti in opposizione all'Editto che è la vera legge, onde i nomi di *Notitiae*, *Memoratoria*, e non di *Edicta*.

Fra il contenuto e la forma degli Editti longobardi havvi un singolare contrasto, perchè buone idee giuridiche sono espresse in barbarissime locuzioni spesso incomprensibili. Queste leggi sono scritte in latino barbaro, il volgare dialetto dei Romani, e ad esso vanno frammiste non poche parole tecniche tolte dal linguaggio giudiziario longobardo (1). Specialmente nelle più antiche (Ed. Rothar.) il fondo e le linee fondamentali appartengono al puro diritto germanico e in molti punti manifestano più stretta parentela col diritto scandinavo, sassone, anglo-sassone e salico (2). Però queste leggi formulate in Italia non potevano andare esenti, nè andarono, dall'influenza romana esercitata direttamente dalle collezioni giustinianee e indirettamente dal diritto romano volgare. Qualche norma ed espressione romana trovasi anche nelle leggi di Rotari, ma qui trattasi piuttosto di frasi e modi di dire usati nel linguaggio giuridico di quel tempo, e che correvano spontanee al redattore dal momento che le scriveva in latino. Invece questa influenza si fece più sensibile sulle leggi posteriori, come crebbero i rapporti fra i Longobardi e i Romani; difatti le leggi di Liutprando mostrano traccie di costituzioni e novelle imperiali, traccie che sono ancora più frequenti nelle leggi di Rachis e di Astolfo. Alcune disposizioni intorno alla famiglia, alle successioni, diseredazione, prescrizione, ecc. hanno certamente un'origine romana (3). Tuttavia non deve supporsi che tutti i miglioramenti fatti dagli altri re all'Editto di Rotari, anche quando apparentemente conformi al

(1) Mayer, *Sprache u. Sprachdenkmaler d. Longob.*, 1877; Bluhme, *Long. Sprache*, 1874. Vedi anche Pott, *Die roman. Elemente in der Longob. Gesetze* nella *Zeits. f. vergl. Sprachforsch. von* Kuhn, XII, 364.

(2) Wilda, *Strafr.*, 106; Gaupp, *Gesetze d. Thuringer*, 19 segg., 68.

(3) Tamassia, *Le alienaz. degli immobili*, 1885, p. 164-172; e *Fonti* (pel dir. visig.); Del Giudice, *Le traccie di dir. rom. nelle leggi long. Rendiconti dell'Istituto lombardo*, serie II, vol. XVIII-XIX, 1886; ripubbl. negli *Studii di storia e diritto*, 1889, p. 362-470.

diritto romano, derivino da esso, giacchè molti sono il prodotto del naturale svolgimento interno del giure longobardo. Trovasi anche qualche influenza del diritto ecclesiastico, scarsa nell' *Ed. Roth.*, meno scarsa nelle addizioni di Liutpr. specie in materia matrimoniale (1). Infine pare anche che i compilatori avessero davanti il codice delle leggi visigotiche, di cui sarebbersi serviti anche per precisare e dar forma ad alcuni loro concetti. Tutto ciò non scema però l'autonomia, l'indipendenza e anche l'originalità del diritto longobardo, il quale resta sempre il più completo, il più ragionato, chiaro e preciso nell'espressione, il più astratto ed illuminato fra le leggi germaniche.

Havvi ancora sempre grave questione intorno ai limiti e alle persone per le quali doveva aver vigore il diritto longobardo, cioè se fu territoriale o personale come le altre leggi germaniche. Tale questione si connette alle altre intorno alla posizione che i vincitori fecero ai vinti romani (2). Molto verosimile è l'opinione secondo la quale nelle materie relative al diritto pubblico e nei rapporti coi Longobardi, i Romani fossero sottoposti all'Editto, ma che fra loro potessero vivere secondo la legge romana (3).

L'Editto ebbe vigore non solo nel regno longobardo propriamente detto, ma ancora nei grandi ducati dell'Italia meridionale che riconoscevano solo l'alta signoria del re, dove, caduta la monarchia, il diritto longobardo non solo si mantenne, ma ebbe uno sviluppo indipendente, autonomo, scevro da influenze franche, sulla base delle antiche norme dell'Editto di Rotari (4). Di esso fu fatta pel principato di Salerno un'epitome in lingua greca nel secolo X (5). Di tutte le leggi germaniche, le longobarde sono quelle che hanno maggior importanza, in primo luogo per l'Italia, perchè quivi hanno dominato parecchi secoli (fino al sec. XIII e anche oltre), come diritto degli abitatori longobardi, hanno influito su tutto lo svolgimento della legislazione posteriore, hanno fortemente resistito al diritto romano e al franco e sono stato il canale per cui i principii germanici passarono nel nostro diritto; in secondo

(1) Calisse, *Dir. longob. e dir. eccles.*, 1888.

(2) Ritengono che fosse personale: Savigny, Turk, Walter, Stobbe, Bethmann-Hollweg; che fosse territoriale: Troya, Hegel, Schupfer, Ficher, Baudi di Vesme, Pertile, I, 62.

(3) Si noti che non tutto il diritto longobardo fu codificato, restarono fuori le *consuetudines loci*, *fabula qui intervicinos est*, e gli usi derivanti dai giudizii dette *cawarfida*.

(4) Sulle differenze fra il testo pavese dell'Editto e la recensione beneventana, vedi Rosin, *Formvorschriften für die Verausserungsgesch. der Frauen nach long. R.*, 1880, p. 8-40.

(5) Pubblic. da Zacharia von Lingenthal, *Fragmenta versionis graecae legum Roth.*, 1835, e da Bluhme, *Mon. Germ. Leges*, IV, 225-234.

luogo per lo studio del diritto germanico perchè divennero la norma del mondo feudale e furono le sole che produssero una giurisprudenza, una tradizione scientifica ed una scuola (v. § 43, 44).

CAPO IV.

ALTRE LEGGI GERMANICHE (*).

35. Poichè in causa del principio di personalità del diritto tutte le leggi germaniche, dopo la venuta dei Franchi in Italia, ebbero anche corso nella penisola, e poichè per la parentela che esse hanno fra loro, e le molte analogie che presentano, lo studio di una trae sussidii da quello sulle altre, così è necessario far cenno delle leggi germaniche pubblicate fuori di Italia. E sono:

I. *Lex Salica* (1). È la più antica delle leggi germaniche. Contiene il diritto dei Franchi-Salii, e in generale dei Franchi, ed è quindi il fondamento del diritto franco, che ebbe tanta influenza e parte anche in Italia. Si hanno di questa legge diverse redazioni: la più antica (redazione merovingia) consta di 65 titoli (colle addizioni 95 a 100), è scritta in un latino barbaro, oscuro, frammisto a parole germaniche. I più ritengono che questi testi latini rappresentino la redazione prima, originale: ma altri (Behrend) che siano elaborazioni di leggi più antiche, od anche, secondo altri (Leibnitz, Schilter, Holtzmann, Kern) che siano traduzioni di un originale franco, detto *mahlberg* (*forum*). In quanto al luogo di origine si disputa tra la Loira (2) e un piccolo fiume Lys o Leye presso Gand (3). Più ancora si disputa intorno all'epoca della redazione. Sohm la pone fra il tempo di Tacito e

(*) **Bibliografia.** — Edizione di tutte le leggi germ., Herold, 1557; Lindenbrog, 1613; Georgisch, 1738; Canciani, *Leges barbar.*, 5 vol., Venezia, 1781-1792; Walter, *Corpus iuris germ.*, 3 vol., 1824; Pertz, *Mon. Germ. Leges,* III, V. — Stobbe, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, I, § 2-17, 1860 (trad. ital., Torino 1868); Gfrörer, *Zur Gesch. deut. Volksrechte in Mittelalter*, 1866, 2 vol.; Brunner, § 39-50, Pertile, § 14-17. E ancora Walter, Eichhorn, Daniels, Zoepfl, Schroeder, pag. 224 e segg., ecc.

(1) Ed. Balutius, Eccard, Laspeyres, 1833 (5 testi e raffronti paralleli colla *Lex Rip.*); Pardessus, 1843 (8 testi); Merkel, Behrend, 1874; Holder, 1880; Hessel-Kern, 1880 (10 testi).

Oltre le pref. di Pardessus, Merkel, Behrend; Wiarda, 1808. Waitz, *Das alte R. d. Sal.-Frank.*, 1846; Clement, *Forschung. neben d. R. d. Sal.-Frank.*, 1876; Scherrer, *Zeits. f. R. G.*, XIII, 259; Schroeder, id. XV; Sohm, 558; Thonissen, *Loi salique*, 1882.

(2) Behrend, Scherrer, Clement, Schroeder, Sybel, Fahlbeck, *La Royauté et le dr. francs*, 1883.

(3) Eichhorn, Wiarda, Waitz, Stobbe.

la fondazione dei regni germanici; Waitz e Fahlbeck al tempo di Clogione (428-448); lo Stobbe fra il 453-486; altri fra il 486-496 (1), ossia prima della conversione dei Franchi al cristianesimo; Sybel e Brunner fra il 508-510; Clement nel sec. VII. Ma le traccie ancora apparenti dell'organizzazione libera del popolo sotto i *principes*, la scarsa azione del monarcato, l'abbondanza di simbolismo, l'ignoranza completa del diritto romano, le vetuste forme processuali scomparse negli altri diritti, qualche accenno, sebbene dubbio, a riti pagani, ce la fanno ritenere anteriore alla monarchia assoluta e alla conversione. Le redazioni fatte sotto Clodoveo e dopo lui si distinguono dalle precedenti perchè mostrano che i Franchi sono passati al cristianesimo, e che il potere regio è consolidato a danno del popolare. Un'ultima redazione in 72 titoli, fu fatta nel 768 e dicesi *Lex salica emendata*.

Negli antichi testi trovansi accanto al latino un centinaio di parole o glosse, dette *malbergiche* (2), nelle quali si vorrebbero riscontrare resti di un testo originario franco o di una traduzione fatta al principio del sec. VI (Zoepfl), oppure parole sacramentali analoghe alle *legis actiones* dei Romani (Sohm, Summer-Maine), o parole tecniche solenni (Grimm), o, come noi pensiamo, traduzioni di parole latine per la pratica giudiziaria.

La *lex sal.* è eminentemente un codice penale e processuale: di 408 §§, soli 65 non riguardano composizioni, indennizzi; però anche in mezzo alle disposizioni penali e processuali, trovansi molte notizie sul diritto pubblico e privato. Da questa legge è impropriamente venuto il nome al sistema che esclude dalla successione al trono le donne, che essa voleva escluse dalla successione ai beni allodiali.

II. *Lex Ripuaria* (3). È la legge dei Franchi abitanti la Ripuaria (Prussia renana, capitale Colonia). Si distinguono in essa diverse parti: alcune (tit. 1-31, 57-62, 65-79), originali, altre (titolo 32-56, 63, 64, 80-89) derivate dalla *Lex sal.;* la data delle quali va dalla prima metà del sec. VI alla prima del VII (Meyer): altri invece le pongono nella prima metà dell'VIII. Vi si nota minor simbolismo, alcuni principii astratti, molte disposizioni di diritto privato, qualche influenza del diritto romano ed ecclesiastico.

III. *Lex o Ewa Chamavorum* (4). È una breve legge in

---

(1) Pardessus, Eichhorn, Richthofen, Thonissen, Schroeder.

(2) Scritte in lingua celtica secondo Leo, Wachter, Wiarda; in tedesco, secondo Grimm.

(3) Sohm, *Zeits. f. R. G.*, V, 380-450; Schroeder, id., XX, 22 seguenti; Meyer, *Entstehung d. Lex rip.*, 1886.

(4) Ed. Gaupp, 1855; Zoepfl, 1856. Baluzio la pubblicò (1671) nei suoi *Capitolaria* come una legge carolingia dell'813; e così fecero Can-

diritto di origine della parte che li compiva: se l'atto era compiuto dal venditore era il diritto di lui che dovevasi adoperare, se dal compratore era il diritto di quest' ultimo. Il matrimonio doveva compiersi, essendo una compra della donna, secondo il diritto dello sposo; la tutela secondo quello dei pupilli; la successione si devolveva secondo la legge del morto. Il tribunale avrebbe dovuto essere misto se le parti o i convenuti appartenevano a diversa nazione, e lo era qualche volta, ma non per regola, perchè la legge essendo scritta gli scabini potevano prenderne conoscenza e giudicare anche secondo leggi diverse dalla propria.

Il conoscere la legge personale delle parti era quindi di grande importanza e di interesse pubblico. Questa legge doveva essere quella di origine (Lupi, Savigny, Pertile, Padelletti) e libera non ne era la scelta (1): ogni arbitrio era escluso. I figli seguivano la legge del padre, gli illegittimi quella della madre, gli adulterini quella che volevano: i manumessi la legge del patrono; i servi erano regolati dalla legge del signore. Eccezioni alla regola vi erano per la moglie e pei chierici. La donna andando a marito abbandonava la propria legge di origine e seguiva quella del marito che la rappresentava in ogni atto: divenendo vedova riprendeva la legge sua d'origine, anticamente solo quando uscisse dal mundio dei parenti del marito defunto, ma dopo il secolo IX sempre. Questo avveniva per diritto comune. Invece i chierici, che potevano, volendo, conservare il loro diritto d'origine e che secondo questo erano giudicati (e a questo difatti si attennero fin verso il mille), usarono nel corso del secolo XI ed in seguito la legge romana (2); ciò perchè la chiesa quale ente morale che non apparteneva ad alcuna tribù, anche per esplicito riconoscimento del diritto franco, viveva secondo la legge romana ai cui principii aveva informato l'ordinamento della gerarchia e del suo patrimonio, e a cui si era mantenuta fedele, come a quella che tanti privilegi le assicurava. Sebbene nessuna eccezione fosse dalle leggi fatta pei chierici al principio ed essi pure si dovessero regolare secondo il loro diritto di origine (*ex natione mea*), fu solo dopo il mille, quando già declinava l'antico rigore che imponeva l'osservanza della legge di origine, per imitazione, per le sollecitazioni dei concilii e per una larga interpretazione delle leggi carolingie, che si videro gli ecclesiastici rinunziare al loro diritto di origine per assumere il romano (3).

---

(1) Come vorrebbero Giorgetti, Liverani, Muratori.

(2) Pieri, *De usu juris langobardici apud ecclesiasticos m. ævi*, 1774; Loening, *Gesch. d. deut. Kirchenrechts*, II, 284-304; Salvioli, 2-21.

(3) *Ego clericus qui ex natione mea professus sum lege vivere langobardorum sed pro honore sacerdotii lege videor vivere romana* (a. 1170).

32. Queste dichiarazioni della legge di origine che tutti dovevano seguire per diritto comune, come le dichiarazioni delle leggi diverse che le donne sposandosi dovevano adottare e i chierici lo potevano a piacere, si dicevano *professiones iuris*. La personalità del diritto rendeva necessario che nello stipulare atti notarili o davanti ai tribunali la parte manifestasse la legge d'origine o quella sotto cui intendeva di vivere. L'uso di queste professioni si introdusse per la prima volta nei documenti notarili italiani della seconda metà del secolo VIII, passò negli atti giudiziarii e si mantenne fino al secolo XIV e XV (1). Non era una dichiarazione obbligatoria da farsi da tutti i liberi al censo (così Merkel) perchè trattandosi della legge di origine e non di una legge a scelta, questa formalità era superflua: ma la si faceva soltanto nello stipulare gli atti perchè il notaio sapesse il diritto che la parte seguiva. Nel secolo VIII, le diverse genti che abitavano le città dell'Italia superiore e centrale, erano profondamente separate da differenze di origini, tradizioni e leggi, ed ognuno ad esse ci si atteneva scrupolosamente (2). Ma col tempo ciò cambiò, e a poco a poco l'eccezione in favore della libertà del diritto da praticarsi nei contratti che un re longobardo aveva fatto, si estese a tal punto, che dopo il 1000 la schiatta aveva perduto ciò che aveva di specifico e la sua importanza: i notai la menzionavano per abitudine, le professioni non ebbero più base giuridica, non furono più quelle della legge di origine, ma divennero libere, nè vincolavano per tutta la vita, ed anzi fu perfino possibile la professione nello stesso tempo di leggi diverse. In verità col tempo negli strati sociali erano scomparse le differenze originarie fra romani e longobardi, e le tradizioni intorno all'origine non si erano mantenute che nelle grandi famiglie dove più a lungo si conservò l'uso di avere un diritto personale e di vivere ciascuno in quello. Così la professione di legge si trasformò in una formola notarile di nessuna importanza, perchè ormai l'idea

---

(1) Salvioli, 21 e segg.

(2) Per mezzo di queste professioni si può conoscere approssimativamente a quale nazionalità apparteneva la maggioranza degli abitanti: e si trova che prevalevano i Romani (ad Asti nella seconda metà del secolo X le carte danno 79 professanti legge romana su 111; a Novara 25 su 41. Baudi di Vesme e Fossati, *Vicende della proprietà in Italia*, 1836, pag. 198): fatto notevole che mostra la persistenza e resistenza dell'elemento romano in mezzo al germanico che dominava nelle istituzioni politiche, prova come i Romani non solo conservassero libertà, proprietà e diritto, ma ancora costituissero una classe numerosa e forte economicamente in quanto che le carte che li nominano, riguardano mutamenti di proprietà fondiaria, e lascia travedere come prima del 1000 la popolazione romana abbia per lo meno tenuto in bilico la germanica e il diritto romano, sempre professato abbia potuto contrastare, influire sul germanico e poi soverchiarlo.

del territorio andava sempre più soverchiando quella della personalità della legge. Al secolo XII le professioni di legge non avevano più per effetto di ottenere un giudizio fondato sulla legge professata, perchè ormai tutti erano sottoposti al diritto municipale. Cadute d'importanza non tardarono di andare in disuso e ad essere abbandonate dai notai. Solo eccezionalmente, e per Roma appunto, si trova da re Lotario e da Corrado II (1038) ordinato alla cittadinanza romana di dichiarare collettivamente la legge, e non uno per uno, come pensano Savigny ed Hegel; e ciò perchè per la grande miscela dei diritti, non si era potuto stabilire quale fosse il preponderante. Nel secolo XII trovasi che alcune città italiane scelsero la legge; e ciò piuttosto arbitrariamente e per lustro che collo scopo di affermare il diritto della maggioranza.

Conseguenza definitiva della personalità del diritto presso i Germani fu, in tesi generale, il riconoscimento della legge romana come giure proprio dei vinti, accanto ai diritti germanici. Questo diritto romano non era classico, ma il diritto volgare che rispondendo più ai bisogni pratici che alla logica giuridica viveva nella coscienza popolare, e rappresentava una neoformazione o degenerazione del diritto romano classico, causata e dal suo naturale sviluppo abbandonato a se stesso, e dall'infiltrazione di consuetudini locali e poi di elementi germanici.

CAPO III.

LEGGI GERMANICHE PUBBLICATE IN ITALIA.

33. (Diritto ostrogotico) (*). Ai re ostrogoti che dominarono in Italia dal 493 al 553 appartengono due importanti monumenti legislativi: l'*Edictum Theodorici* e l'*Edictum Athalarici*.

L'*Editto di re Teodorico* (454-526) è composto di 154 brevi capitoli senza ordine; non è un lavoro privato (Leo), nè un trattatello didattico di diritto o un epitome (Gloeden, Zoepfl), ma un'opera di legislatore, come lo dicono il nome di Editto e l'ordine di osservarlo, sebbene dal contenuto e dalla brevità sua appaia manifesto non essere una codificazione che abbracci tutto il

(*) **Bibliografia.** — Edizioni: v. capo IV. Padelletti, *Fontes iuris italici*, 1877. Cassiodori, *Opera*, 1579 (e nella Patrologia latina del Migne). Bluhme, *Mon. Germ. Leges*, V, 145 e seg.
Rhon, *Commentatio ad E. Th.*, 1816; Glöden, *Das roem. Recht im ostgoth. Reich*, 1843; Gaudenzi, *Gli Editti di Teod. e di Atal. o il diritto rom. nel regno degli Ostrogoti*, 1884 e nella *Z. f. R. G.*, XX, 29; Pertile, I, 104 segg.; Lamantia, c. 2 e 4; Ciccaglione, I, 24-45; Brunner, § 52; Karlowa, *Röm. R. G.*, I, 947 segg.; Puchta, *Roem. R. G.*, § 137; Savigny, I, 377-381.

diritto. Difatti la maggior parte delle disposizioni si riferisce al diritto penale e poche al diritto privato; vi si contemplano i reati e i disordini più frequenti: e ciò allo scopo di assicurare la prevalenza delle leggi penali romane sopra le consuetudini germaniche dei Goti. Anche molte delle disposizioni non sono nuove, ma prese dal diritto che vigeva in Italia al momento in cui il suo autore, Teodorico, si insediò a Ravenna coi suoi Goti, dal diritto romano (*leges et iura*), dai codici gregoriano, ermogeniano e teodosiano, da novelle postteodosiane, dagli scritti di alcuni giuristi (Gaio, Papiniano, Ulpiano, ecc.); però il redattore, certo un romano (Savigny), tutto rimaneggiò, contenuto e forma. Teodorico che nulla innovò nella costituzione politica d'Italia, che cercò di incorporare i Goti nello stato romano e fonderli coi Romani, riservando a quelli il privilegio delle armi, non solo mantenne le leggi romane, ma tentò adattarle ai suoi Goti; e frutto di tale politica fu la pubblicazione del suo Editto, il quale ha come base il diritto romano, senza però essere una pura legge romana, perchè sebbene vi prevalgano disposizioni contrarie al diritto germanico (1), l'influenza di questo non è interamente eliminata.

Con esso il re si indirizzava ai Goti ed ai Romani nell'intendimento di regolare i rapporti più importanti del nuovo stato e specialmente per assicurare ai provinciali la protezione del diritto. Ma oltre provvedere alla quiete pubblica e dirimere le controversie fra i due popoli, Teodorico volle anche romanizzare i suoi Goti e perciò volle che l'Editto fosse per essi, dove espressamente statuiva, una legge derogatoria delle patrie consuetudini (le quali poi restavano, pei Goti soltanto, in vigore per le materie sulle quali l'Editto taceva) legge che doveva regolare i rapporti giuridici fra Goti e Goti e fra Goti e Romani (2); mentre per le stesse materie nelle relazioni dei provinciali fra loro lasciò in pieno vigore il giure romano.

L'ordinamento giudiziario nel quale avevano la preponderanza gli elementi goti, come la prevalenza di leggi penali ossia di provvedimenti riguardanti l'ordine pubblico, sono due prove di gran peso in favore della persistenza del diritto gotico pei Goti, specialmente per ciò che si riferiva alla famiglia, ed in genere al diritto privato ed in quanto non era stato abolito dall'Editto o in quanto ad esso non contraddiceva; e non rendono accettabile l'opinione che i Goti siano stati per tutte le materie sottoposti al diritto romano che colle modificazioni introdotte dall'Editto avrebbe avuto

---

(1) Così Gaudenzi contro Dahn, *Die Koenige der Germanen*, IV, 8, segg.

(2) Questa è l'opinione di Tiraboschi, Savigny, Hegel, Stobbe, Pertile, Karlowa, Bethmann-Hollweg, Dahn, Brunner.

esclusivo corso nel regno, cosicchè soltanto secondo le leggi romane avrebbero vissuto e i Goti e i Romani (1). Probabile è però che per le ininterrotte amichevoli relazioni fra vinti e vincitori, per la distanza che separava i Goti dagli altri Germani, per l'indirizzo francamente romano del governo goto, le consuetudini gotiche abbiano presto ceduto il posto alla pratica e al diritto volgare romano di cui traccie si trovano nelle leggi ostrogotiche (2), e che anche fra Goti si finisse per seguirlo quasi interamente.

L' Editto di Teodorico è stato promulgato a Roma nel 500 secondo alcuni (3), secondo altri prima del 506 (Dahn) e invece altri lo portano fra il 512 e il 515 (Gaudenzi). La questione della data si è voluta congiungere a un'altra; se l'Editto fu composto sopra l'*Interpretatio* al Breviario visigotico (§ 35, XI), o se questa è posteriore alla promulgazione dell'Editto, che invece sarebbe stato usato per la compilazione dell'*Interpretatio* (4). Nella prima ipotesi la redazione dell'Editto dovrebbe essere posteriore al 506. Ma quest'uso parci molto discutibile; le poche corrispondenze dipendendo dall'avere i compilatori dell'*Interpretatio* e dell'Editto attinto alle stesse fonti, cioè ad un commento a noi ignoto ma usato nelle scuole di quel tempo (Karlowa), cosichè può ritenersi che entrambi siano fra loro indipendenti (5). La data del 500 ci pare essere la più fondata.

L'Editto di Atalarico (526-534) può appena dirsi un atto legislativo, contenendo soltanto disposizioni *contra eos qui praedia urbana vi occupabant et contra fornicarios atque concubinarios* (6); ma altri suoi editti minori sono contenuti fra le *Variae* di Cassiodoro che quale *quaestor S. palatii* li redigeva.

Le leggi ostrogotiche dall'Italia si diffusero nelle provincie di Gallia e di Pannonia che occuparono gli Ostrogoti; ma in Italia ebbero breve durata perchè cessarono come Giustiniano riconquistò l'Italia e promulgò colla *Sanctio pragmatica* le sue leggi.

---

(1) È l'opinione di Gotofredo, Gloeden, Zoepfl, § 19, Walter, § 41, Gaudenzi, p. 60.

(2) Brunner, *Zur Rechtsgesch. der Urkunden*, I, 129.

(3) Ritter, Savigny, Walter, Eichhorn, Bethmann-Hollweg e Schupfer, *L'Editto di Teod., Studii sull'anno della sua pubblicazione,* nelle *Memorie dell'Accad. dei Lincei*, *Classe di scienze morali*, ecc., vol. III, parte I, 1888.

(4) Vogliono che l'*Interpretatio* sia stata conosciuta ed usata dall'autore dell'Editto Gloeden, Zoepfl, Stobbe, Pertile, Gaudenzi, Brunner, Schroeder.

(5) Così Dahn, Walk, Haenel, *Lex rom. visigoth*, XCI, segg.

(6) Manso, *Gesch. des ostgoth. Reiches in Italien,* 1824, p. 405-415, 416-426; Gretschel, *Ad Edict. Atal. comment.*, 1828.

34. (Leggi dei Re Longobardi) (*). Nel 643 (ossia 76 anni dopo la invasione) le antiche consuetudini dei Longobardi, popolo venuto dall'estremo nord d'Europa, dal Jutland (1), furono messe in iscritto per ordine di re Rotari, pubblicate nell'assemblea radunata a Pavia e confermate dal popolo per mezzo di un atto simbolico che si compiva battendo al suolo la lancia (*gairethinx*) (Schroeder) (2). Questa legge, opera del popolo, contenente un diritto completamente popolare, prese tuttavia il nome di *Edictum regis Rotharis*. Consta di 388 capitoli disposti secondo un certo ordine e disegno, cosichè si possono dividere in sette sezioni: la I[a] (1-152) tratta delle composizioni pei delitti pubblici e privati; la II[a] (153-167) delle successioni intestate e del diritto ereditario; la III[a] (168-177) delle donazioni per causa di morte e dei testamenti; la IV[a] (178-222) del diritto matrimoniale e di alcune figure di reati attinenti all'ordine di famiglia; la V[a] (223-226) delle manumissioni; la VI[a] (227-358) della proprietà e dei contratti; la VII[a] (359-368) del procedimento. Un' appendice vi fa seguito e contiene disposizioni speciali ed aggiunte.

All'Editto si aggiunsero altre leggi che presero il nome dei re che le proposero e le fecero approvare dalle assemblee, leggi dirette a completare, interpretare, chiarire o modificare il precedente Editto, che in alcune parti pei nuovi tempi si riconosceva *inhumanum et impium*. Re Grimoaldo vi aggiunse 9 capitoli nel 668, Liutprando 153 dal 713 al 735, Rachis 14 nel 746, Astolfo 22 fra il 750 e il 755. A queste leggi vanno congiunti alcuni *Capitula extra Edictum vagantia* (*Memoratorium de mercedibus magistri comacinorum*, in 8 cap.: *Notitia de actoribus regis*, an. 733, in 6 cap.), nonchè le *Leges et pacta principum Beneventi* (*Capitula dom. Aregis post* 774, in 16 cap.: *Capit. dom. Adelchis*, an. 866, in 8 cap.) che sono diritti particolaristi nell'interno dello Stato:

(*) **Bibliografia.** — Edizioni v. capo IV. Padelletti; Muratori, *Rer. Ital. Script.*, I, p. II; Baudi di Vesme, *Mon. hist. patriae*, VIII, 1855; Troya, *Cod. diplom. longob.*, II e III, 1853: *Codex diplom. Cavens.*, III, 1876; Bluhme (ed. scolast. 1869). — Savigny, I, 399-438; Merkel, *Storia del dir. longob.* (nel III vol. della *Storia* del Savigny e nell'*Archivio stor. it.*, XV, 692); Nani, *Le fonti del diritto longob.*, 1877; Sclopis, *Revue hist.*, 1857; Tamassia, *Le fonti dell'Editto di Rot.*, 1889; Bethmann-Hollweg, I, § 60; Turk, *Forsch. aus dem Gebiet der Gesch.*, IV, 1835, 169-250; Pertile, I, § 13; Lamantia, I, 23 segg.; Ciccaglione, I, 74 segg.

---

(1) Bluhme, *praef.* nei *Mon. Germ. Leges*, IV, 9: *Die Gens Longob. u. ihre Herkunft*, 1868, p. 10 segg. (trad. it. Gennari 1873); Lupi, *Dei caratteri intrinseci per classific. i Longob.*, nell'*Arch. stor. rom.*, 1879, 303-360.

(2) Così Zoepfl, Pertile, Schupfer, Schroeder, *Zeit. f. R. G.*, XX, 59; Pappenheim, *Launegild u. Gairethinx*, 1882, 28.

le *Pactiones de Leburiis cum Neapolitanis factae*, an. 933, in 14 cap.; le *Pactiones Gregorii ducis et Johannis consulis neapolit.*, an. 933, in c. 8; il *Pactum Sicardi*, an. 836, in 19 cap.; la *Divisio Rudelgisi et Siginulfi ducatus beneventani*, an. 851, in 28 cap. Tutte queste aggiunte però non fanno parte del vero corpo delle leggi longobarde che invece è formato dall'Editto, ossia dalle leggi che i re, da Rotari ad Astolfo, promulgarono coll'assenso del popolo. Quelle aggiunte sono atti amministrativi che non avevano forza di legge, disposizioni che i re prendevano di loro autorità, senza la partecipazione del popolo e che senza esso potevano revocare, regolamenti in opposizione all'Editto che è la vera legge, onde i nomi di *Notitiae*, *Memoratoria*, e non di *Edicta*.

Fra il contenuto e la forma degli Editti longobardi havvi un singolare contrasto, perchè buone idee giuridiche sono espresse in barbarissime locuzioni spesso incomprensibili. Queste leggi sono scritte in latino barbaro, il volgare dialetto dei Romani, e ad esso vanno frammiste non poche parole tecniche tolte dal linguaggio giudiziario longobardo (1). Specialmente nelle più antiche (Ed. Rothar.) il fondo e le linee fondamentali appartengono al puro diritto germanico e in molti punti manifestano più stretta parentela col diritto scandinavo, sassone, anglo-sassone e salico (2). Però queste leggi formulate in Italia non potevano andare esenti, nè andarono, dall'influenza romana esercitata direttamente dalle collezioni giustinianee e indirettamente dal diritto romano volgare. Qualche norma ed espressione romana trovasi anche nelle leggi di Rotari, ma qui trattasi piuttosto di frasi e modi di dire usati nel linguaggio giuridico di quel tempo, e che correvano spontanee al redattore dal momento che le scriveva in latino. Invece questa influenza si fece più sensibile sulle leggi posteriori, come crebbero i rapporti fra i Longobardi e i Romani; difatti le leggi di Liutprando mostrano traccie di costituzioni e novelle imperiali, traccie che sono ancora più frequenti nelle leggi di Rachis e di Astolfo. Alcune disposizioni intorno alla famiglia, alle successioni, diseredazione, prescrizione, ecc. hanno certamente un'origine romana (3). Tuttavia non deve supporsi che tutti i miglioramenti fatti dagli altri re all'Editto di Rotari, anche quando apparentemente conformi al

---

(1) Mayer, *Sprache u. Sprachdenkmaler d. Longob.*, 1877; Bluhme, *Long. Sprache*, 1874. Vedi anche Pott, *Die roman. Elemente in der Longob. Gesetze* nella *Zeits. f. vergl. Sprachforsch. von* Kuhn, XII, 364.

(2) Wilda, *Strafr.*, 106; Gaupp, *Gesetze d. Thuringer*, 19 segg., 68.

(3) Tamassia, *Le alienaz. degli immobili*, 1885, p. 164-172; e *Fonti* (pel dir. visig.); Del Giudice, *Le traccie di dir. rom. nelle leggi long. Rendiconti dell'Istituto lombardo*, serie II, vol. XVIII-XIX, 1886; ripubbl. negli *Studii di storia e diritto*, 1889, p. 362-470.

diritto romano, derivino da esso, giacchè molti sono il prodotto del naturale svolgimento interno del giure longobardo. Trovasi anche qualche influenza del diritto ecclesiastico, scarsa nell' *Ed. Roth.*, meno scarsa nelle addizioni di Liutpr. specie in materia matrimoniale (1). Infine pare anche che i compilatori avessero davanti il codice delle leggi visigotiche, di cui sarebbersi serviti anche per precisare e dar forma ad alcuni loro concetti. Tutto ciò non scema però l'autonomia, l'indipendenza e anche l'originalità del diritto longobardo, il quale resta sempre il più completo, il più ragionato, chiaro e preciso nell'espressione, il più astratto ed illuminato fra le leggi germaniche.

Havvi ancora sempre grave questione intorno ai limiti e alle persone per le quali doveva aver vigore il diritto longobardo, cioè se fu territoriale o personale come le altre leggi germaniche. Tale questione si connette alle altre intorno alla posizione che i vincitori fecero ai vinti romani (2). Molto verosimile è l'opinione secondo la quale nelle materie relative al diritto pubblico e nei rapporti coi Longobardi, i Romani fossero sottoposti all'Editto, ma che fra loro potessero vivere secondo la legge romana (3).

L'Editto ebbe vigore non solo nel regno longobardo propriamente detto, ma ancora nei grandi ducati dell'Italia meridionale che riconoscevano solo l'alta signoria del re, dove, caduta la monarchia, il diritto longobardo non solo si mantenne, ma ebbe uno sviluppo indipendente, autonomo, scevro da influenze franche, sulla base delle antiche norme dell'Editto di Rotari (4). Di esso fu fatta pel principato di Salerno un'epitome in lingua greca nel secolo X (5). Di tutte le leggi germaniche, le longobarde sono quelle che hanno maggior importanza, in primo luogo per l'Italia, perchè quivi hanno dominato parecchi secoli (fino al sec. XIII e anche oltre), come diritto degli abitatori longobardi, hanno influito su tutto lo svolgimento della legislazione posteriore, hanno fortemente resistito al diritto romano e al franco e sono stato il canale per cui i principii germanici passarono nel nostro diritto; in secondo

(1) Calisse, *Dir. longob. e dir. eccles.*, 1888.

(2) Ritengono che fosse personale: Savigny, Turk, Walter, Stobbe, Bethmann-Hollweg; che fosse territoriale: Troya, Hegel, Schupfer, Ficher, Baudi di Vesme, Pertile, I, 62.

(3) Si noti che non tutto il diritto longobardo fu codificato, restarono fuori le *consuetudines loci*, *fabula qui intervicinos est*, e gli usi derivanti dai giudizii dette *cawarfida*.

(4) Sulle differenze fra il testo pavese dell'Editto e la recensione beneventana, vedi Rosin, *Formvorschriften für die Veräusserungsgesch. der Frauen nach long. R.*, 1880, p. 8-40.

(5) Pubblic. da Zacharia von Lingenthal, *Fragmenta versionis graecae legum Roth.*, 1835, e da Bluhme, *Mon. Germ. Leges*, IV, 225-234.

luogo per lo studio del diritto germanico perchè divennero la norma del mondo feudale e furono le sole che produssero una giurisprudenza, una tradizione scientifica ed una scuola (v. § 43, 44).

CAPO IV.

ALTRE LEGGI GERMANICHE (*).

35. Poichè in causa del principio di personalità del diritto tutte le leggi germaniche, dopo la venuta dei Franchi in Italia, ebbero anche corso nella penisola, e poichè per la parentela che esse hanno fra loro, e le molte analogie che presentano, lo studio di una trae sussidii da quello sulle altre, così è necessario far cenno delle leggi germaniche pubblicate fuori di Italia. E sono:

I. *Lex Salica* (1). È la più antica delle leggi germaniche. Contiene il diritto dei Franchi-Salii, e in generale dei Franchi, ed è quindi il fondamento del diritto franco, che ebbe tanta influenza e parte anche in Italia. Si hanno di questa legge diverse redazioni: la più antica (redazione merovingia) consta di 65 titoli (colle addizioni 95 a 100), è scritta in un latino barbaro, oscuro, frammisto a parole germaniche. I più ritengono che questi testi latini rappresentino la redazione prima, originale: ma altri (Behrend) che siano elaborazioni di leggi più antiche, od anche, secondo altri (Leibnitz, Schilter, Holtzmann, Kern) che siano traduzioni di un originale franco, detto *mahlberg* (*forum*). In quanto al luogo di origine si disputa tra la Loira (2) e un piccolo fiume Lys o Leye presso Gand (3). Più ancora si disputa intorno all'epoca della redazione. Sohm la pone fra il tempo di Tacito e

(*) **Bibliografia**. — Edizione di tutte le leggi germ., Herold, 1557; Lindenbrog, 1613; Georgisch, 1738; Canciani, *Leges barbar.*, 5 vol., Venezia, 1781-1792; Walter, *Corpus iuris germ.*, 3 vol., 1824; Pertz, *Mon. Germ. Leges*, III, V. — Stobbe, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, I, § 2-17, 1860 (trad. ital., Torino 1868); Gfrörer, *Zur Gesch. deut. Volksrechte in Mittelalter*, 1866, 2 vol.; Brunner, § 39-50, Pertile, § 14-17. E ancora Walter, Eichhorn, Daniels, Zoepfl, Schroeder, pag. 224 e segg., ecc.

(1) Ed. Balutius, Eccard, Laspeyres, 1833 (5 testi e raffronti paralleli colla *Lex Rip.*); Pardessus, 1843 (8 testi); Merkel, Behrend, 1874; Holder, 1880; Hessel-Kern, 1880 (10 testi).
Oltre le pref. di Pardessus, Merkel, Behrend; Wiarda, 1808. Waitz, *Das alte R. d. Sal.-Frank.*, 1846; Clement, *Forschung. neben d. R. d. Sal.-Frank.*, 1876; Scherrer, *Zeits. f. R. G.*, XIII, 259; Schroeder, id. XV; Sohm, 558; Thonissen, *Loi salique*, 1882.

(2) Behrend, Scherrer, Clement, Schroeder, Sybel, Fahlbeck, *La Royauté et le dr. francs*, 1883.

(3) Eichhorn, Wiarda, Waitz, Stobbe.

la fondazione dei regni germanici; Waitz e Fahlbeck al tempo di Clogione (428-448); lo Stobbe fra il 453-486; altri fra il 486-496 (1), ossia prima della conversione dei Franchi al cristianesimo; Sybel e Brunner fra il 508-510; Clement nel sec. VII. Ma le traccie ancora apparenti dell'organizzazione libera del popolo sotto i *principes*, la scarsa azione del monarcato, l'abbondanza di simbolismo, l'ignoranza completa del diritto romano, le vetuste forme processuali scomparse negli altri diritti, qualche accenno, sebbene dubbio, a riti pagani, ce la fanno ritenere anteriore alla monarchia assoluta e alla conversione. Le redazioni fatte sotto Clodoveo e dopo lui si distinguono dalle precedenti perchè mostrano che i Franchi sono passati al cristianesimo, e che il potere regio è consolidato a danno del popolare. Un'ultima redazione in 72 titoli, fu fatta nel 768 e dicesi *Lex salica emendata.*

Negli antichi testi trovansi accanto al latino un centinaio di parole o glosse, dette *malbergiche* (2), nelle quali si vorrebbero riscontrare resti di un testo originario franco o di una traduzione fatta al principio del sec. VI (Zoepfl), oppure parole sacramentali analoghe alle *legis actiones* dei Romani (Sohm, Summer-Maine), o parole tecniche solenni (Grimm), o, come noi pensiamo, traduzioni di parole latine per la pratica giudiziaria.

La *lex sal.* è eminentemente un codice penale e processuale: di 408 §§, soli 65 non riguardano composizioni, indennizzi; però anche in mezzo alle disposizioni penali e processuali, trovansi molte notizie sul diritto pubblico e privato. Da questa legge è impropriamente venuto il nome al sistema che esclude dalla successione al trono le donne, che essa voleva escluse dalla successione ai beni allodiali.

II. *Lex Ripuaria* (3). È la legge dei Franchi abitanti la Ripuaria (Prussia renana, capitale Colonia). Si distinguono in essa diverse parti: alcune (tit. 1-31, 57-62, 65-79), originali, altre (titolo 32-56, 63, 64, 80-89) derivate dalla *Lex sal.;* la data delle quali va dalla prima metà del sec. VI alla prima del VII (Meyer): altri invece le pongono nella prima metà dell'VIII. Vi si nota minor simbolismo, alcuni principii astratti, molte disposizioni di diritto privato, qualche influenza del diritto romano ed ecclesiastico.

III. *Lex o Ewa Chamavorum* (4). È una breve legge in

---

(1) Pardessus, Eichhorn, Richthofen, Thonissen, Schroeder.

(2) Scritte in lingua celtica secondo Leo, Wachter, Wiarda; in tedesco, secondo Grimm.

(3) Sohm, *Zeits. f. R. G.*, V, 380-450; Schroeder, id., XX, 22 seguenti; Meyer, *Entstehung d. Lex rip.*, 1886.

(4) Ed. Gaupp, 1855; Zoepfl, 1856. Baluzio la pubblicò (1671) nei suoi *Capitolaria* come una legge carolingia dell'813; e così fecero Can-

48 art. dei Franchi Camavi, abitanti la riva orientale del Reno. Fu redatta verso l'808.

IV. *Lex Alamannorum* (1). Al principio del sec. VII, gli Alamanni ricevettero dai Franchi, a cui erano soggetti, una legge (*Pactus Alaman.*), di cui ci restano cinque frammenti. La vera legge patria fu fatta sotto Lantfrido, nel 730; della quale si hanno diverse redazioni dovute a copisti, fra loro poco dissimili. Alcune aggiunte e modificazioni furono fatte sotto i Carolingi. Ebbe vigore nella Germania del Sud, Svevia e Svizzera del Nord.

V. *Lex Baiuwariorum* (2). È legge verosimilmente composta in diversi periodi, e che nella redazione a noi pervenuta non è anteriore al sec. VIII. Le parti più antiche appartengono al 613-630, dopo che i Bavari uscirono di Boemia, altre alla fine del sec. VII, con molte disposizioni tolte al diritto alamanno, longobardo e visigotico; le ultime sono del tempo di Pipino (743-748). In aggiunta stannovi i *Decreta Tassilonis*.

VI. *Lex Frisionum* (3). Probabilmente è un lavoro privato del sec. VIII, composto di leggi e giudicati appartenenti ad epoche diverse, e quindi contiene norme pagane miste a cristiane. Vigeva nel territorio compreso fra le foci del Weser e della Schelda.

VII. *Lex Saxonum* (4). È la legge degli antichi Sassoni, redatta nel 705 (Richthofen) o secondo altri (Waitz, Brunner, Schroeder) nell'805. Contiene diritto puro germanico, esente da immistioni romane: molte sue disposizioni derivano dalla legge ripuaria. Si disputa se sia tutta di un pezzo (Richthofen) oppure se sia composta di due (Boretius) o tre pezzi (Merkel).

VIII. *Lex Angliorum et Werinorum hoc est Thuringiorum* (5). Redatta nell'802; è molto affine al diritto ripuario e sassone. Nessuna traccia di cristianesimo. Vigeva nell'Olanda meridionale.

IX. *Lex Burgundiorum* (6). Pubblicata da re Gundebaldo alla

---

ciani e Walter. Fu Pertz il primo a riconoscere che era una legge germanica. — Laboulaye, *Revue hist. d. droit franç.*, 1855; Fustel de Coulanges, *Quelques remarques sur la loi des Francs Chamaves*, 1887.

(1) Merkel, *De repub. Alaman.*, 1849; Brunner, *Ueber d. Alter d. L. Alam.*, *Berliner Sitzung*, VIII, 149, segg.; Lehmann, *Textkritik u. Entstehungsgesch. d. alam. Volkrechts*, *N. Archiv.*, X, 469-503.

(2) Petigny, *Revue hist.*, II, 1856; Roth, *Entstehung d. L. Baiuw.*, 1848; Merkel, *Archiv.*, XI, 533-687, *Zeits. f. d. R.*, XII, 281, segg.; Riezler, *Forschungen*, XVI, 409, segg.

(3) Richthofen, *Friesische Rechtsquellen*, 1840; Gaupp, *Lex Fris.* 1832; De Geer, *Zeits. f. R. G.*, VIII, 134 segg.

(4) Usinger, *Forsch. z. L. S.*, 1867; Richthofen, 1868.

(5) Gaupp, *Das alte Recht der Thuringer*, 1834.

(6) Ginoulhiac, *Revue d. droit franç.*, VI, 1856; *Hist. d. droit franç.*, 1884, 215-234; Hubé, *Formation de la L. B.*, *Revue historique*, 1867; Bluhme, *Jahrb. d. gem. d. R.*, I e II, 1856-57.

fine del v sec. (detta perciò anche *Lex Gundobada*, e dai Francesi *Loi Gombette*). Ebbe una seconda redazione nel 507. Sono in essa notevoli l'influenza del diritto romano, e le affinità col visigotico.

X. *Lex Wisigothorum* (1). Si hanno di essa due redazioni: l'*Antiqua*, di cui si conoscono soltanto 55 cap. scoperti a Parigi nel 1839. Alcuni (2) l'attribuiscono a Reccaredo re († 601): Petigny e Zoepfl ad Alarico II: Gaupp, Haenel, Brunner, ad Eurico (466-485), infine Gaudenzi l'ascrive a re Leovigilda († 586). Secondo lo stesso Gaudenzi apparterrebbero invece ad Eurico delle leggi da lui scoperte nel 1886 in una compilazione di diritto romano e visigotico. Se così fosse, queste leggi sarebbero il più antico monumento di diritto germanico; ma Zeumer (3) e Brunner credono questa compilazione lavoro privato; mentre altri (Schupfer e Chiapelli) l'attribuiscono al diritto ostrogotico. La più recente redazione delle leggi visigotiche è quella fatta nel 642. Consta di 12 libri, è scritta in stile enfatico, contiene molte disposizioni tolte dal diritto romano e dai concilii. È la più progredita delle leggi germaniche. È certa la sua influenza sulle *leg. sal.*, *burg.*, *baiuw.*, *lang.* (Brunner); e vuolsi ora che sia stata la fonte a cui attinsero i Germani per darsi leggi scritte (Tamassia). Ebbe vigore nel mezzodì della Francia e in Ispagna.

XI. *Lex romana Wisigothorum* (4) detta anche *Breviarium Alarici* o *Aniani*, e anche *Lex romana*, *Lex Theodosii*. È una compilazione fatta sulle fonti giuridiche romane (*Leges et iura*) quali usavano i Romani conquistati dai Visigoti. Queste fonti alcune sono compendiate, altre integralmente riferite. Vi si trova quindi un sunto notevole del *Codex Theodos.* (del quale questa legge ci ha conservato i primi cinque libri) e delle novelle di Teodosio e suoi successori, delle Istituzioni di Gaio, sentenze di Paolo e altre fonti antigiustinianee. Questi testi o sunti sono accompagnati da un commentario (*Interpretatio wisigothica*) probabilmente anteriore al *Breviarium* stesso (5), il quale fa conoscere lo stato

---

(1) Ed. Bluhme, *Die Westgotische Antiqua*, 1847. — Gaudenzi, *Di un'antica compilazione di diritto rom. visigotico, con alcuni frammenti delle leggi di Eurico*, 1886; *Rivista ital. di scienze giur.*, VI, 1888; Petigny, *Revue hist.*, I, 1855; Gaupp, *Germ. Abhandl.*, 1853, pagina 27-62; Hellferich, *Entsteh. u. Gesch. d. Westgot. R.*, 1858; Dahn, *Westgot. Studien*, 1874; Hinojosa, *Hist. general du derecho espanol*, I, 1887, § 79-82; Tamassia, *Fonti dell'Editto di Rot.*, 1889.

(2) Bluhme, Hellferich, Dahn, Schroeder.

(3) *Neues Archiv.*, XII, 389; Schimdt, *Z. f. R. G.*, XIX, 1888, 223.

(4) Ed. Haenel, 1849; per questa e la seg. Savigny, I, 307-321; e le storie del dir. rom. di Puchta, Rudorff, Karlowa, Krüger, § 40.

(5) Fitting, *Zeits. f. R. G.*, XI, 244.

delle istituzioni e le modificazioni che il diritto romano subiva nella pratica. Ebbe corso e diffusione nel medio evo fino al secolo XII, e riteniamo pure anche in Italia (1), e fu il tramite per cui molte fonti romane furono in quell'età conosciute.

XII. *Lex Romana Burgundiorum* erroneamente pel passato detta *Papianus*. Composta fra il 506-532, pei Romani che vivevano in Borgogna, su fonti romane (Cod. Ermogen. Gregor., Theodos. Gaius, Paul.) o secondo altri sull'*interpretatio* al *Breviarium*, ma le norme romane sono alterate da idee germaniche.

XIII. *Capitula Remedii* (2). Lavoro privato di Remedio vescovo di Coira, per uso dei Romani della Rezia curiense, composto fra l'800-806. Non tratta che di diritto penale.

XIV. *Leges Anglo-Saxonum* (3). Sono le leggi pubblicate dai re d'Inghilterra dal 510-1050. Riproducono per lo più il diritto germanico: ma vi predomina anche l'influenza canonica.

XV. *Leggi Suevo-Gotiche* (4) (danesi, norvegesi, scandinave): sebbene redatte in epoca più recente delle *leges barbarorum* portano in sè un gran fondo di istituti e principii comune a tutti i popoli germanici.

CAPO V.

CAPITOLARI DEI CAROLINGI (*).

36. Nella Monarchia franca, già sotto i Merovingi, ma più specialmente e con maggiore intensità sotto i Carolingi, prese sviluppo

(*) **Bibliografia.** — Ed. capo IV. Balutius, 1677 e 1780; Boretius, 1883. Boretius, *Capitularien in Langobardenreich*, 1864; *Beiträge z. Capitularienkritik*, 1874; Beseler, *Die Gesetzkraft der Cap.* 1871; Thévenin, *Lex et capitula* (*Mélanges pub. p. l'École des hautes Études*, 1878); Sohm, 102-146; Bethmann-Hollweg, II, § 78; Gaudenzi, *Digesto ital.*, v. *Capitolari*; Stobbe, *Deut. R. Q.*, I, § 20 e segg. (trad. ital., 253 e segg.); Waitz, III, 595; Wiss, *Karl d. Grosse als Gesetzgeber*, 1869; Brunner, § 54, 55; Pertile, § 30; Ciccaglione, I, 270 segg.

(1) Secondo Savigny e Schupfer, contro Brunner. Notiamo però che in una *Summa* al decreto di Graziano del 1170, pubblic. nel *Jahrb. d. gem. d. R.*, II, 221, e da Schulte, *Zur Gesch. d. Literatur ueber das Decret Gratians Wiener Sitzung*, LXIV, 93, si legge: « Sed cum « Theodosianus Codex non sit in Lombardia est enim Aurelianis... videtur « quod Gratianus has leges sumpsisset de canonibus Ivonis ».

(2) Vedi un largo sunto in Schupfer, *La legge rom.*, *Udin.*, *Mem. dei Lincei*, 1888, p. 63, segg.

(3) Ed. Wilkins, 1721; Schmid, 1857; Price-Thorpe, 1840. Le storie del diritto inglese, citate a § 8.

(4) Ed. Collin et Schlyter, *Corpus iuris suevo-gothicorum antiqui*, 12 vol., 1827-69. Sulla legge del Jutland (*Jutische Low*, an. 1241) vedi le trad. latine di Ancher, *Lex cimbrica antiqua danica*, 1783: quella

la facoltà regia di emettere provvedimenti legislativi ed amministrativi, dando istruzioni ai giudici, modificando, correggendo le norme del diritto popolare allo scopo di metterlo in armonia colla religione nuova che i Germani avevano abbracciato, coi bisogni e le tendenze che il contatto coi Romani, la fondazione del regno franco e poi dell'impero franco, l'organizzazione di tante genti diverse in un'unità politica avevano creato. Questi provvedimenti si dissero *decreta, edicta, pacta*, e dopo il 779 *capitularia*. Essi rappresentavano il diritto regio, sebbene spesso emanati coll'assenso dei grandi dell'Impero, in opposizione al diritto popolare contenuto nelle *leges*, delle quali fondamento è la consuetudine, e sanzione il voto popolare: erano il diritto nuovo in antitesi all'antico della *lex*, che praticamente non giuridicamente alteravano e annullavano anche, a somiglianza del *jus honorarium* (§ 29), al quale però non possono essere a tutto rigore eguagliati perchè tale dualismo di diritto non era in quel tempo avvertito. Infine se le *leges* corrispondevano al *jus non scriptum* dei Romani, i Capitolari formavano la parte del diritto designata col nome di *jus scriptum*. In una parola l'origine, l'oggetto, il campo di applicazione costituivano altrettante differenze fra le Leggi e i Capitolari.

I Capitolari dei re merovingi sono addizioni alla legge salica e contengono disposizioni di diritto pubblico, privato ed ecclesiastico, e non ebbero vigore in Italia. Quelli dei Carolingi sono numerosi: si dividono in *ecclesiastica* e *mundana*, sebbene molti abbiano un carattere misto. Dei *mundana* se ne sono fatte tre categorie (1). Appartengono alla prima i *Capitularia legibus addenda;* cioè le aggiunte e correzioni alle leggi popolari. Erano resi solo per un popolo e formavano come la legge a cui erano aggiunti, un diritto personale (*Capitula legi Ribuar.*, 803; *Baiuw.*, 800-814; *Salic.*, 819, ecc.). Da queste aggiunte solo andò immune il diritto romano riguardato dai Franchi come legge che stava sopra alla stessa loro nazionale. Erano questi *Capit.* generalmente deliberati nelle assemblee generali del popolo sottoposto a questa legge, e poi coll'assenso dei grandi promulgati: contuttociò si consideravano sempre come opera personale dell'imperatore. Alla

---

di Vestrogozia trad. da Beauchet, *Nouv. Revue*, XI, 1887. Oltre gli aut. cit. § 8: v. Grimm, *Zeits. f. gesch. R. W.*, III; Wilda, *Strafr.*, 13-61; Rive, *Gesch. d. deut. Vormundschaft*, 1862, I, 1-27; Lehmann, *Zeits. f. R. G.*, XX; Dareste, *Journ. des Savants*, 1880 ed *Études d'histoire du droit*, 1889, 279-355.

(1) Classificazione ideata dall'Eichhorn, § 149, dal Biener e dal Waitz, III, 512, applicata dal Boretius. La combattè Beseler e non l'accetta Gaudenzi, che li divide in Cap. legislativi, ecclesiastici, e in Capitolari promulgati in via amministrativa.

seconda categoria appartengono i *Capitularia per se scribenda* od ordinanze regie emanate in virtù del potere di banno proprio del re, ed indipendentemente dall'assenso del popolo o dei grandi, dei quali il re chiedeva però spesso il consiglio. Trattavano materie relative all'ordinamento amministrativo, finanziario e giudiziario mentre i *Capit. legibus add.* disponevano per lo più intorno al diritto pubblico, privato e penale. Essi formavano un diritto territoriale per tutto l' impero e tutti gli abitanti. La terza è composta dai *Capitula missorum* ossia da istruzioni ai *missi dominici* per le loro visite nelle provincie, istruzioni che poi essi pubblieavano in forma di editti (1). Queste due ultime specie di *Capit.* rappresentavano il diritto mutabile, personale del Sovrano, e quindi potevano essere abrogati senza l'intervento della nazione, non avevano per la loro efficacia una durata fissa, e dipendevano sempre dalla volontà ed autorità regia (2).

I Capitolari ecclesiastici contengono i canoni dei concilii tenuti sotto la presidenza dei re franchi. Scopo dei Carolingi fu quello di penetrare nella Chiesa per farne strumento di governo; e perciò si appropriarono un certo numero di disposizioni conciliari fino allora circondate da semplici pene canoniche e vi aggiunsero sanzioni temporali.

Tutti questi Capitolari che volta per volta erano inviati ai vescovi e conti nelle provincie, furono, forse solo nell'interesse della Chiesa, raccolti dall'abbate Angegiso di Fontanella (diocesi di Rouen) nell'827, in una collezione sistematica in 4 libri (i primi due consacrati ai *Cap. eccles.:* i seguenti ai *mundana*), comprendente solo i Capitolari dal 789 all'826, la quale poi fu assaissimo usata nelle compilazioni canoniche ed ebbe larga diffusione in Francia e Germania, ma non in Italia, perchè comprendeva Capitolari che qui non avevano vigore. E dopo la metà del secolo IX si fece passare quale continuazione di questa collezione una raccolta posta sotto il falso nome di Benedetto Levita, elaborata in un convento o in un capitolo vescovile della Francia occidentale, congerie indigesta di passi tolti dalla Bibbia, dai padri della chiesa, da concilii, decreti pontificii, dal *Cod. Theodosianus*, dal *Breviarium Alarici*, dalle *Sententiae* di Paolo, dalla *Lex Baiuw. Wisigoth.* ecc., passi che il falsario compilatore presentava come leggi franche, mentre queste nella forma genuina non vi entrano che per un quarto. Tale raccolta eminentemente tendenziosa, cioè intesa a rafforzare il potere ecclesiastico

---

(1) Waitz, III, 484, crede che queste istruzioni dovessero essere pubblicate come le altre leggi. Contro Boretius, *Gotting. geleh. Anzeige*, 1882, p. 732.

(2) Loening, *Deut. K. R.*, II, 20 e Brunner hanno mostrata insostenibile l'opinione di Sohm, Sickel, Bethmann-Hollweg che i Cap. cadessero colla morte di chi li aveva fatti.

e a farlo indipendente dal laico e di indebolire le autonomie episcopali, è affine alle falsificazioni di Angilramno (1), del falso-Isidoro che hanno pure per patria la Francia occidentale (2) e che sono presso a poco coeve. Anche questa collezione non fu adoperata in Italia, quantunque i re stessi per ignoranza la citassero come una raccolta officiale.

I Capitolari nulla hanno della regolarità sistematica dei Codici moderni: vi è anzi del disordine, ma è solo apparente, e sotto vi è l'unità di un'attività immensa e infaticabile che si volge a tutto e a nulla è inferiore. È prodigiosa la moltiplicità delle materie trattate da Carlo M. Le questioni più alte e le infime sono considerate colla stessa coscienza. Proseguendo uno scopo ideale, quello di costituire un'Europa cristiana nell'unità politica e sociale dell'impero e nell'unità spirituale della chiesa, la sua volontà civilizzatrice riveste le forme più varie. Ora è un'istituzione pubblica che fonda, ora dispone sulla tenuta dei campi e l'amministrazione delle ville, ora riforma una cattiva abitudine, ora consiglia, ora minaccia: sempre si ammira l'universale attenzione di un genio che tutto domina e a cui nessun interesse dell'umanità sfugge.

I Capitolari carolingi diffusero per tutto l'impero il diritto dei Franchi-Salii, il diritto che trionfò delle altre leggi germaniche perchè era quello professato dal popolo che per un momento realizzò la monarchia universale e che livellò le leggi popolari per scopi di politica centralizzatrice. L'unità dell'impero trasse seco fino a un certo punto quella del diritto. Questa diffusione del diritto franco, questo suo sovrapporsi ai diritti pur germanici esistenti non fu effetto di sua propria superiorità, ma conseguenza della preponderanza che i Franchi avevano nell'ordinamento giudiziario e politico. Essendo essi i giudici e i grandi funzionari dell'impero, almeno per pratica e consuetudine le istituzioni dell'impero e la lingua giudiziaria si andarono uniformando al modo franco: inoltre il feudo, l'immunità, l'investitura e il banno regio che erano istituzioni fondamentali nella monarchia franca, divennero istituzioni comuni a tutti i popoli dell'impero professanti leggi diverse (3). Anche in Italia la legislazione franca penetrò colla conquista, ma certo non in forza e pel tramite dei *Capitula generalia*, i quali sebbene valessero per tutto l'impero e principalmente anche per

---

(1) Ed. Mansi, *Collect. Concil.*, XII; Hinschius, 1863; sulla letteratura v. Richter-Dove, *Lehrb. d. K. R.*, 8 ed., § 37.

(2) Le Mans secondo Maassen, *Pseudo-Isidorus*, 1885-86, Simson, *Entsteh. des P. I.*, 1886; Fournier, *Nouv. Revue*, XI, 1887, p. 70-104. — Ed. Hinschius, 1863.

(3) Sulla diffusione del d. franco in Italia, Germania, Inghilterra, America, v. Sohm, *Zeit. f. R. G.*, XIV, 1880.

l'Italia pretendessero avere vigore, non trovarono realmente qui applicazione alcuna o ebbero al più un significato teoretico (1). In Italia veramente non si applicarono che i *Capitula langobardica* o *italica* o leggi speciali che si pubblicarono esclusivamente pel regno italico (2), ma non col significato di aggiunte agli Editti dei re longobardi (salvo qualche eccezione), e che a cominciare dal 781 erano deliberati col consenso dei grandi nelle assemblee generali di Pavia. Il diritto franco di questi *Capitula* era territoriale, cioè obbligatorio tanto pei Romani quanto pei Langobardi.

Anche i re italiani successori dei Carolingi, emanarono disposizioni legislative col nome di Capitolari (§ 39). Di queste leggi italiche fu fatta nel primo decennio del secolo XI a Pavia da autore ignoto una raccolta detta *Capitulare italicum* o anche semplicemente *Capitulare* (3) che comprende 843 capitoli di Carlo Magno, 43 di Pipino, 57 di Lodovico il Pio, 107 di Lotario, 9 di Guido, 11 di Ottone I, 1 di Ottone III e in appendice quelli degli altri re. Solo per mezzo di questa raccolta, sebbene non completa, fu in Italia conosciuto, praticato e studiato il diritto franco (§ 43).

CAPO VI.

LE FORMOLE (*).

37. Le *formulae* sono modelli di atti, composti in servizio dei privati o dei notai per redigere i diversi istrumenti giuridici, dei funzionari per gli atti processuali, delle cancellerie per le donazioni regie, le concessioni di mundio, immunità, ecc. Mancando una scienza giuridica si ricercarono e si composero i formulari che indicavano alle parti e ai notai le cautele per garantirsi dalle sorprese e dalle liti. I Germani poi, come tutti i popoli giovani, amanti delle frasi ampollose e retoriche e delle citazioni, elevarono ad arte (*ars dictandi*) lo scrivere una carta e non potendo far di meglio per difetto di studio, si contentavano di copiare quei formulari che qualche notaio letterato aveva apprestato.

(*) **Bibliografia.** — Ed. Bignon (1613, 1655); Balutius, Canciani, Walter, Rozière, *Recueil général des formules usitées dans l'Emp. des francs du V au X s.*, 1859, 2 vol. (in ordine sistematico); Zeumer, *Mon. Germ.*, 1886. — Brunner, § 58; Pertile, § 18; Savigny, II, § 44; Stobbe, I, § 23-24; Schroeder, *Zeit. f. R. G.*, XVII, 75.

---

(1) Boretius, præf. ad *Lib. pap. Mon. Germ. Leges*, IV, p. L.

(2) Nell'ed. del Boretius i *Capit. italica Karoli M. et Pipini* (776-810) sono 16: quelli di Lotario (822-825) 10.

(3) Ed. Muratori, Walter, Padelletti.

In Italia però non si sentì questo bisogno di avere dei modelli di atti, nè si ebbero, in quanto che le formole ostrogotiche e longobarde non sono della stessa natura delle franche, per es.; e la ragione di ciò sta nell'esistenza presso noi di un notariato professionale e nella sua organizzazione in corporazioni (v. § 38).

Di grande importanza e sussidio per lo studio delle *leges* sono queste *formulae;* che mostrano il diritto nella pratica, le modificazioni che subiva per opera del diritto romano; nell'usarle però bisogna aver riguardo al diritto a cui si riferiscono e non generalizzarle. Sono scritte in latino barbaro, e dall'abbondanza che parecchie mostrano di forme, parole e idee tolte al diritto romano, potrebbesi presumere che ne siano autori notai romani.

Si hanno le *formulae Andegavenses* (Angers, an. 678), le *form. Marculfi* (Parigi, 650-656) in 2 libri, il 1° contenente le *cartae regales* cioè gli atti consentiti dai re, principi, vescovi, ecc., il 2° le *pagenses* ossia gli atti dei privati. Questa raccolta del Marcolfo è la più ricca e importante (1). E inoltre le *form. Arvernenses* (Auverge, 2ª metà secolo VIII), *Turonenses* o *Sirmondicae* (Tours, metà sec. VIII), *Senonenses* (Sens, an. 768-810), erroneamente qualificate quale *Appendix Marculfi; Bignonianae, Merkhelianae, Lindebrogianae* (così dette dai nomi dei loro editori), *Imperiales* (appartenenti alla cancelleria di Lodovico I). Tutte queste traducono il diritto franco, ma in non pochi punti riproducono il giure romano puro o volgare. Si posseggono ancora formole visigotiche (sec. VII), alamanne, bavare ed altre relative ai giudizi di Dio (2).

Al diritto italico si riferiscono specialmente le formole ostrogotiche estratte dai *Variarum libri* di Cassiodoro (3), le quali trattano per lo più dei decreti di nomina dei magistrati e poche di diritto privato; — le formole longobardiche (v. § 43), in gran parte di contenuto processuale e solo poche di indole notarile (*cartularium*) destinate piuttosto a commentario e ad esplicazione pratica dell'Editto; — il *liber diurnus rom. pontificum* posteriore al 685 ma anteriore al 751, ed. Garnier, 1680; Rozière, 1869; Sickel, 1889 (4); che in mezzo alle molte formole di natura canonica ed ecclesiastica ne contiene altre riguardanti il diritto privato.

---

(1) Le attribuisce alla metà del sec. VII Tardif, *Nouv. Revue*, 1884, p. 557, 1885, p. 368. Invece Launoy, Du Pin, Zeumer (*Neues Archiv.*, X, 383) le assegnano al principio del sec. VIII.

(2) Ed. Rockinger, Schmid, *Gesetze d. Angelsachsen*, 1858, 414-421.

(3) Ed. Canciani, I, 18-56.

(4) Vedi anche la memoria dello stesso Sickel, *Wien. Akad. Sitzungb.*, CXVIII, 1888.

CAPO VII.

I DOCUMENTI (*).

38. Grande sussidio prestano pure per la conoscenza del diritto nel medio evo i documenti di qualsiasi genere, esprimendo essi la pratica della vita giuridica, l'applicazione e lo svolgimento del diritto e della consuetudine ed illustrando le forme esterne e l'essenza dei singoli istituti.

I documenti privati germanici derivano dai romani e specie i più antichi portano l'impronta dei documenti romani dell'ultimo periodo. I Germani non conoscevano l'uso della scrittura nei contratti e si rivolgevano agli scribi romani, gelosi conservatori delle antiche formole malgrado che il diritto fosse mutato (1). I notai italiani organizzati in corporazioni da epoca antica, esercitanti in certe città funzioni ereditarie, investiti dopo il secolo IX del monopolio della redazione degli atti, si trasmettevano il deposito di formole antiche in cui espressioni anti e post-giustinianee, delle quali più non conoscevano il senso, figuravano accanto a quelle che voleva il nuovo diritto; scrupolosamente ripetevano le espressioni di pragmatica, anche cogli errori di grammatica, veri successori dei *tabelliones* romani i quali anche quando era scomparsa la *mancipatio* menzionavano nelle carte di donazione una caratteristica formola, finchè Giustiniano non l'abolì espressamente (2). Sebbene nel diritto longobardo non esistesse un monopolio dei notai (3), perchè tutti, anche le parti stesse, potevano redigere i

(*) **Bibliografia.** — Oltre le opere sulla diplomatica, cit. al § 7. Sickel, *Lehre von den Urkunden der ersten Karolinger*, 1867; *Beiträge z. Diplomatik* nei *Wiener Sitzung*, 1861-82; Ficker, *Beiträge zur Urkundenlehre*, 2 vol., 1878; Brunner, *Zur Rechtsgeschichte der röm. und german. Urkunde*, I, 1880; Stumpf, *Die Reichskanzler*, 1865; Posse, *Die Lehre von der Urkunde*, 1887, parte VI; Bresslau, *Handbuch der Urkurdenlehre für Deutschland u. Italien*, 1889, I, 1, p. 216 segg., 231 segg.; *Urkundenbeweis u. Urkundenschreiber im alteren deut. R. Forschung. z. deut. G.*, XVI, 1-66; Paoli, *Programma di paleografia e diplom.*, 1883, p. 39-61. Sui doc. longob. Chroust, *Ueber die langob. Koenigs-u. Herzogs Urkunden*, 1888.

(1) Sui notai italiani vedi Muratori, *Antiq.*, I, diss. 12; Oesterley, *Das deutsche Notariat*, I, *Geschichte*, 1842, § 11-12, p. 176; Bresslau, p. 460 segg., 472; Bethmann-Hollweg, II, 240 ss., III, 161 segg.; Ficker, II, 69 segg.; Pertile, § 223; Pappafava, *Storia del notariato*, 1884, *Opere che illustr. il not.*, 1880; Cristofoletti, *Doc. sulla corpor. dei notai di Verona*, *Arch. veneto*, 1879; Cosentino, *I notai in Sicilia*, *Arch. stor. sicil.*, 1887.

(2) Brunner, *Urk.*, I, 140 segg.

(3) Invece Sohm, 530, n. 15, afferma esistesse questo monopolio.

loro atti e fosse re Rachis il primo nel 740 a dare speciale preferenza nelle prove ai documenti notarili, tuttavia le antiche corporazioni notarili si erano mantenute e avevano immuni attraversata la grande crisi delle invasioni; e o perchè composte di romani, o perchè si fossero confuse colla curia, o perchè le funzioni pubbliche che il diritto franco riconobbe ai notai, avvicinassero questi agli officii proprii dei curiali, sta il fatto che al sec. IX nelle città italiane romane o romanizzanti i *tabelliones* erano chiamati *curiales* (1). Nel seno di queste corporazioni, senza bisogno di modelli e formole si formò per tradizione una fissa tecnica diplomatica, nella quale si trovano cristallizzate espressioni romane e germaniche, tecnica che mantennero fino al sec. XII, quando sotto l'influenza dei glossatori incominciò un nuovo stile notarile che si può designare come il rinascimento diplomatico (2).

I documenti italiani si dividono in pubblici e privati. Pubblici sono quelli che uscivano dalla cancelleria regia (*diplomata*, *privilegia*, *praecepta*), o quelli contenenti i giudicati del Tribunale pubblico (*placita*). I privati sono le *notitiae* (*notitia iudicati*, *vestiturae*, *firmitatis*, ecc.), i *brevia*, i *memoratoria*, o documenti redatti a scopo di prova, relazioni di atti giudiziari o extragiudiziarii i quali anche senza questa prova documentata avevano, secondo le idee germaniche, efficacia giuridica; le *cartulae* (*cartula commutationis*, *de morgincap.*, ecc.) che avevano la doppia funzione di mezzi di prova e di mezzi necessarii per perfezionare il contratto. La *carta* si adoperava in quei negozii che divenivano perfetti per virtù di un documento scritto, ed era, in confronto agli scritti probatorii, uno scritto dispositivo (3). Tanto delle carte pubbliche come delle private un gran numero è a noi giunto: ma per lo più riguardano le chiese, le sole che avevano archivii e che seguendo il diritto romano, si facevano rilasciare documenti scritti e tutte le carte copiavano o registravano in sunto nei *regesta*, nei *polyptica* e nei *cartularia*.

Dei documenti imperiali (diplomi) disseminati in innumerevoli pubblicazioni sono stati fatti indici accurati (4); lo stesso è stato fatto pei

---

(1) Così a Ravenna nel sec. IX; a Napoli gli atti notarili si dicevano *instrumenta curialisca*; Brunner, *Urk.*, I, 14.

(2) Sui manuali pei notai v. Bresslau, c. XI.

(3) È merito del Brunner l'aver formulato la dottrina dei docum. germanici. Però la distinzione fra docum. probatorii e dispositivi risale al dir. rom. Wetzell, *System d. ord. Civilprocess*, 3ª ed., p. 222.

(4) I diplomi dei re merovingi sono stati raccolti da Brequigny-Pardessus e da Pertz, *Mon. Germ. Dipl.* I regesti o indici dei diplomi imperiali sono stati compilati da Sickel (*Acta regum et imper. karolin.*,

pontificii (1): delle altre carte si hanno preziose raccolte (2), come, pei primi tempi del medio evo (periodo ostrogotico) e per l'Italia non longobarda, i *Papiri diplomatici* del Marini, il *Primicerio* del Galletti, i *Monumenti ravennati* del Fantuzzi continuati dal Tarlazzi. Numerose sono le raccolte delle carte longobarde e delle italiane fino al sec. XIII. Citiamo il *Codice diplomatico longobardo* del Troya (5 vol., 1859), le *Antichità italiche* del Carli (1778-81), le *Antiquitates italicae* del Muratori (6 vol.), il *Codex Langobardiae* del Porro (1873) coi due vol. *Chartarum* (1836) che fanno parte dei *Monum. hist. patriae* di Torino, le raccolte del Ficker, Zaccaria, Bacchini, Lünig. Innumerevoli se ne trovano sparsi nell'*Italia Sacra* dell'Ughelli (10 vol.) e anche nelle *Chiese d'Italia* del Cappelletti, e ricca miniera per lo studio del diritto longobardo-franco sono il *Codex cavensis* (vol. 7), il *Cod. farfensis* (vol. 4) e il *Cod. sublacensis* (1 vol.). Anche le storie locali contengono generalmente ricca messe di documenti medievali che possono servire allo studio del diritto della regione come a quello generale d'Italia. Enumeriamo per città o regioni i nomi degli autori che ne hanno pubblicato: *Abruzzi*, Antinori, Palma. — *Acqui*, Moriondi. — *Amalfi*, Camera (1876). — *Ancona*, Saracini e Compagnoni. — *Anagni*, De Magistris. — *Aquileia*, De Rubeis. — *Asti*, Molina, Grassi. — *Benevento e altri ducati longobardi dell'Italia meridionale* (*Salerno*, *Spoleto*, *Gaeta*), Fatteschi (1807), Di Blasi, Borgia, Pratilli e Pellegrini, Federici, Beltrami (1877), Ventimiglia. — *Bergamo*, Lupi. — *Bologna*, Savioli. — *Brescia*, Gradonico, Odorici. — *Capua*, Stroffalini. — *Casale di Monferrato*, De Conti. — *Chieti*, Ravizza. — *Chieri*, Cibrario. - *Chiusi*, Pizzetti, Liverani. — *Cremona*, Tatti, Zaccaria. — *Como*, Tatti, Rovelli. — *Ferrara*, Frizzi e le *Antichità estensi* del Muratori. — *Friuli*, Verci (20 vol.), Minotto, Bianchi, Liruti. — *Genova*, Belgrano (1888) e il *Liber jurium* (nei *Mon. hist. p.*). — *Guastalla*, Affò. — *Imola*, Manzoni. — *Incisa*, Molinari. — *Istria*, Kandler. — *Lodi*, Vignati. — *Lucca*, Bertini e Barsocchini editori delle Memorie e docum. per servire alla storia di Lucca. — *Mantova*, Visi. — *Marche e Umbria*, Chiavarini. — *Milano*, Fumagalli, Puricelli, Giulini, Osio, Morbio, Sola. — *Modena*, Tiraboschi e Muratori. — *Monza*, Frisi. — *Montecassino*, Gattula, Margarini, Tosti. — *Napoli e Italia meridionale*, in generale, *Monumenta r. Archivii neapolit.*, Minieri, Capasso, Beltrani, Di Meo, Di Blasio. — *Nonantola*, Tiraboschi. — *Novara*, Bescapé. — *Orvieto*, Fumi. — *Osimo*, Maroni e Compagnoni. — *Padova*, Brunacci, Dondi dell'Orologio, Gloria. — *Parma*, Pezzana, Affò, Fontanini. — *Pavia*, Robolini. — *Perugia*, Fabretti, Vermiglioli, Marotti. — *Piacenza*,

---

1867). Boehmer-Muhlenbacher, Ficker, Stumpf-Brentano, Winkelmann. Vedi anche Georgisch, *Regesta chronologica-diplom. in quibus recensentur omnia genera doc. publicor.*, 1740 (fino al 1730).

(1) *Regesta pontif. roman.* ed. Jaffé, Wattembach, Loewenfeld, Kaltenbrunner, Ewald, 1881-86.

(2) Un elenco di esso trovasi in Oesterley, *Wegweiser durch d. Literatur d. Urkunden sammlung*, 2 vol. 1885-86. Per la Francia vedi Robert, *Inventaire des cartulaires*, 1879. Chevalier, *Répertoire des sources histor. du moyen age.* — V. anche opere cit., p. 8, n. 2.

Campi, Boselli, Poggiali, Affò. — *Piemonte*, Guichenon, Adriani, Cibrario, *Monum. hist. patriae* di Torino, Grassi e Claretta. — *Pisa*, Mattei, Flaminio del Borgo. — *Pomposa*, Federici. — *Rimini*, Tonini. — *Roma*, *Romagna e Stato pontificio*, Cenni, Orsi, Theiner, Vesi. — *Saluzzo*, Bollati, Muletti. — *Sardegna*, Manno, Tola (nei *Mon. hist. p.*), Vitale, Mattei, Fara. — *Savigliano*, Turletti. — *Sicilia*, Del Giudice, De Johannis, Garofalo (1835), Mortilaro, Buscemi, Spata (Pergam. greche, 1862), Miscellanea di storia italiana IX al XII (dipl. greci), Cusa, Airoldi e Capasso (pei dipl. arabi), Pirri, Vargas Macciucca, Travalli (dipl. angioini). — *Siena*, Pecci. — *Tirolo*, Homayr, Gar. — *Tortona*, Costa, Salice. — *Toscana*, Lami, Della Rena, Brunetti, Inghilrami, Repetti. — *Trento*, Bonelli, Kink edit. del Codex Wangianus. — *Treviso*, Verci. — *Valtellina*, Quadrio, Romegalli e le *Mémoires et docum. publiés par la Société de la Suisse romande*, 1838 e segg. — *Venezia*, Cornelio, Flaminio, Cappelletti, Romaniu, *Diplomatarium veneto-levantinum*, 1881. — *Vercelli*, Mandelli. — *Verona*, Biancolini. — *Volterra*, Cecina. Aggiungiamo gli Annali dell'Ord. Benedettino di Mabillon, e quelli dell'Ordine Camaldolense di Mittarelli e Costadoni, le collezioni cit. al § 7. Per la scuola poi sono eccellenti le raccolte di documenti latini medievali accompagnati da illustrazioni storico-giuridiche di Loersch e Schroeder, 1881, quella di Kohler (doc. veronesi), 1883-85 e quella di Thévenin, *Textes relatifs aux instit. privées et publiques aux époques mérov. et carolingienne*, 1887.

SECONDA SESSIONE — Periodo feudale e comunale.

CAPO VIII.

LEGGI IMPERIALI (*).

39. Scioltosi l'impero carolingio, non solo decaddero le politiche istituzioni, ma anche la legislazione franca dei Capitolari fatta per uno stato politico determinato, o scomparve con esso, o non mantenne integralmente tutta la sua pratica efficacia; e le singole popolazioni abbandonate a se stesse si andarono formando un diritto proprio nazionale e territoriale sulla base del giure romano e delle leggi germaniche ritornate allo stato di consuetudini non scritte — diritto che si sviluppò liberamente perchè non coartato da sistemi legislativi imperiali, e che in fine prese forma negli *usus* e *consuetudines* del periodo comunale. Nel periodo di transizione seguente all'888 nulla pigliò forma e ordinamento stabile; e anche per l'indebolimento del potere centrale mancò quasi totalmente l'azione legislativa, la quale

(*) **Bibliografia.** — Ed. Goldast, *Collectio const. imper.*, 1613; Pertz, *Mon. Germ. Leges*, II, 1837. Weiland, id. 1880.
Boehmer *Die Reichsgesetze von 900-1400*, 1832; Stobbe, I, § 48; Pertile, § 43.

un poco si manifestò sotto gli imperatori sassoni, che cercarono ristaurare la fortuna imperiale in Italia. I provvedimenti presi dai re in questo periodo riguardano questioni ecclesiastiche e feudali, ordini per assicurare la pace interna, disposizioni per conciliare il diritto germanico coll'italiano; in tutto pochi monumenti di diritto i quali erano deliberati coi grandi laici ed ecclesiastici dell'impero e pubblicati o in forma di leggi o di trattati o di privilegi. E poichè spezzata si era quella forte gerarchia che sotto Carlomagno era divenuta l'organo precipuo per la promulgazione delle leggi, e quindi era divenuto difficile portare a conoscenza di tutti gli ordini imperiali, nella seconda metà del secolo XII, venuta in fama la scuola di Bologna, ove accorrevano studenti di tutte le parti del mondo, gli imperatori si appigliarono al sistema di mandare a Bologna le leggi, perchè fossero inserite nel *Corpus iuris civ. rom.* quale seguito alle leggi dei loro antecessori, giacchè essi erano i successori di Giustiniano. Così fecero Federico I e Federico II.

Queste leggi dei successori dei Carolingi sono: di Guido e di suo figlio Lamberto, e consistono in disposizioni fiscali e alcune di diritto civile; di Ottone I sul falso giuramento in giudizio (an. 967), sul duello che in Italia era ito fuori d'uso come prova, e che fu ripristinato in sostituzione al giuramento per certi casi, sui campioni stipendiati di cui fu limitato l'uso tanto da parte dei Longobardi quanto dei Romani; di Ottone III sul duello per la *vindicatio in servitutem*, sull'osservanza delle ferie giudiziarie legali, sul divieto di vendere beni di chiesa; di Enrico II (1019) sul regime patrimoniale dei coniugi e sul duello giudiziario in caso di omicidio; di Corrado II (1037), sull'eredità dei feudi e la perdita di essi, sull'obbligo (1038) di giudicare le cause dei Romani coi Longobardi secondo il diritto romano che doveva valere in Roma e suo territorio; di Enrico III (1047), sul giuramento di calunnia da prestarsi dai chierici per mezzo di avvocato, sui reati d'incesto e lesa maestà, ecc. Soltanto poche disposizioni di questi re riguardano il diritto privato e processuale (1).

Importanti pure sono le leggi degli imperatori svevi dirette a regolare i rapporti politici d'Italia, a fondare il nuovo diritto pubblico per l'Italia, l'impero e la chiesa. Tale è il *Concordatum Callistinum* (an. 1122) che mise termine alla lotta per le investiture; la *Constitutio de Regalibus* pubblicata alla dieta di Roncalia da Federico I nel 1158, con cui fu stabilito il diritto dei Comuni lombardi verso l'impero; la pace di Costanza (1183), ecc. La Bolla di oro di Carlo IV (an. 1356) solo in modo indiretto ha importanza per la storia politica italiana.

---

(1) Per es. sulla comproprietà, l'*obstagium et jus prothomiseos*, gli illegittimi, la tutela, il diritto del coniuge superstite, la tutela, il valore di una promessa carpita, il diritto degli stranieri di testare.

CAPO IX.

MONUMENTI ITALIANI DI DIRITTO FEUDALE.

40. Il regime feudale fu nelle sue prime fasi regolato da consuetudini, convenzioni e patti privati e da giudicati delle curie feudali e in seguito da alcune leggi imperiali: e tutto ciò fu raccolto, ordinato e pubblicato da privati; e la più antica di queste raccolte è quella fatta in Italia col nome di *Usus* o *Consuetudines feudorum* o *libri feudorum*, che contiene il diritto feudale dell'Alta Italia, in ispecie di Lombardia (*secundum usum mediolanensium*) e che, quantunque priva di carattere ufficiale, ebbe grande autorità anche in Francia e Germania. I *Libri F.* non sono un'opera originale, nè tutta di un pezzo, perchè composta di elementi appartenenti ad epoche diverse, tratti da leggi imperiali, da sentenze delle curie feudali di Milano, Piacenza, Cremona, da glosse, da interpolazioni; e ciò spiega le antinomie, le contraddizioni, non che la presenza del diritto romano accanto al germanico che sempre però vi prevale. Chi abbia riunito questi passi e dove e quando non si sa ed è oggetto di supposizioni. Anticamente si attribuiva il primo libro a Gherardo Negro Cagapesto o Capagisto, console di Milano sotto Federico I, ma fu provato (Laspeyres) che ciò non poteva essere. L'autore ignoto dovè probabilmente essere un giudice feudale milanese (Dieck) che compose questo trattato fra il 1095 e il 1136. È certo che la sua opera fu presto oggetto di rimaneggiamenti, perchè nel sec. XIII correvano diverse redazioni dei *Libri F.* variamente ordinate e quali accresciute di aggiunte e di interpolazioni. Una di queste fu di preferenza studiata alla scuola di Bologna, fu commentata da Bulgaro, da Pillio, da Iacobo Ardizzone, ecc., e forse per opera di Pillio stesso, fu dopo il 1180 accolta nel *Corpus iuris civilis*, nel *Volumen* sotto la rubrica *Decima collatio Authenticorum* (§ 60). Questa redazione che diremmo bolognese, perchè è probabile che a Bologna sia stata per lo meno completata (Laspeyres, Zoepfl, Pertile), è quella che noi conosciamo. La materia vi è distribuita in due libri e questi sono divisi in titoli e rubriche. Il primo consta di 28 tit.; i primi 9 contengono un trattatello sistematicamente ordinato di giure feudale; ad esso fanno seguito (10-28) quattro appendici che non sono di autore milanese (tolta la IV), e la cui data cade nella prima metà del sec. XII. Il secondo consta di 58 titoli: di questi dodici (tit. 1-5: 7, § 1-11: 23, 24) contengono un'esposizione sistematica di diritto feudale fatta da Oberto dell'Orto in due lettere dirette al figlio Anselmino studente a Bologna, posteriori al 1158, (il tit. 6 appartiene a Fulberto vescovo Cartonense); tredici (titolo

12-22, 25, 26) sono aggiunte di sentenze pronunziate fra il 1160 e 1175 da Scabini di curie feudali, ignoti ma probabilmente milanesi (il tit. 27 è una Costituzione di Federico I); il resto è costituito da tre appendici (tit. 28-49, 50-51, 58) di ignoti giuristi milanesi e da una quarta (tit. 52-57) contenente costituzioni di Lotario II, Enrico IV, ecc., e anche queste aggiunte furono compilate e collegate in un tutto nell' ultimo quarto del sec. XII. A questi due libri fanno poi seguito dei *Capitula extravagantia extraordinaria* dovuti a Scabini di Milano del 1220-1233.

Questa distribuzione della materia in due libri e secondo l'ordine della *litera bononiensis* fu tutt'altro che osservata, perchè in diverse epoche si cercò di disporre la materia sparsa nei *Libri F.* sotto diversi titoli e rubriche, in ordine più sistematico; e così nuove redazioni ne apprestarono Minucio da Pratovetere nel 1428, Bartolomeo da Baratteriis di Piacenza nel 1442, Lorenzo Weidmann nel 1531, il quale li tradusse anche in tedesco; e finalmente Cuiaccio che li divise in 5 libri includendo nell' ultimo i *capitula extravagantia* e separando le leggi imperiali dai veri usi o *capitula feudalia*.

I *Libri F.* ebbero fin dai primi tempi commenti e glosse di cui una raccolta fu fatta verso il 1240 da Jacobo Colombi e il suo *Apparatus* servì poi ad Accursio di base per la *Glossa ordinaria* che egli compose anche pei *Libri F.* Dopo il secolo XIII oltre i commentatori si ebbero i sommisti e i trattatisti del diritto feudale, fra i quali ricordiamo Jacobo de Belvisio (1310), Baldi degli Ubaldi che scrisse nel 1391, Andrea di Isernia († 1353), Jacobo Alvarotto, padovano (1438), Matteo d' Afflictis, napoletano (1440-1520), che scrisse intorno al 1480, Giasone del Mayno, milanese (1483), Pietro Ravenna (1510), Cuiaccio, Duareno, Montano, Hotomanno, Giphanio, Schrader, Rosenthal (1597), Struvius, Jenichen, ecc., fino a questo secolo, perchè nelle provincie meridionali il diritto feudale era sottoposto ai *Libri F.*, fino ai giorni nostri.

41. Altro monumento italiano di diritto feudale è la così detta *Lex romana utinensis* (1), o secondo altri *Raetica Curiensis* perchè a ver dire controversa è tanto la sua patria quanto la sua età. La più antica opinione era che appartenesse all'Italia e pro-

(1) Ediz. Canciani, IV, 461-510; Walter, Haenel, *Lex rom. Wisigoth.*, 1847; *Mon. Germ. Leges*, V; Planta, *Das alte Rätien.* — BIBLIOGRAFIA: Savigny. Troya, *Condiz. dei Rom. vinti*, 1845, p. 322; Hegel, p. 412; Haenel, 31-40; Stobbe, *De lege rom. utin.*, 1853; *Gesch. d. D. Rq.*, I, 203 segg.; Pertile, I, p. 102 seg.; Schupfer, *Istit.*, 112-133; *La legge R. U.*, 1881; *Nuovi studi*, 1882; *Della legge rom. udin.*, 1888; *Accad. dei Lincei. Memorie*, Wagner, Salis, e Zeumer nella *Z. f. R. G.*, XVII, XIX, XXII, 1888; Canetta, *Sui rapporti tra la L. R. U. e la lex Alam.*, nel *Filangeri*, 1887, 671.

priamente al Friuli (1); ma poi altri ne cercarono l'origine nella Rezia Curiense (2), o nell'Istria (3), o in Baviera (Baudi di Vesme). Le quali congetture ha recisamente respinto lo Schupfer che ha con grande calore e copia di argomenti sostenuta l'italianità di questo lavoro giuridico; e i suoi risultati, in parte contraddetti dai germanisti moderni (4), noi accettiamo perchè le condizioni politiche e giuridiche che presuppone la *Lex rom.*, l'ordinamento giuridico a cui si riporta e la lingua in cui è scritta, latino rozzo che molto si avvicina ai dialetti romanzi del Friuli, ne indicano l'Italia del nord-est come patria, a preferenza di qualsiasi altra regione. Inoltre il diritto che essa contiene non concorda esattamente con quello che era in vigore nella Rezia Curiense, paese governato dalla *Lex Alam.*, ed anzi vi sono disposizioni che a questa contraddicono in modo reciso: circostanza che non si dovrebbe verificare se fosse stata redatta per la Rezia. Infine le sue disposizioni relative al diritto privato, al mundio, alla successione sembrano desunte dalla pratica italiana del secolo IX e quella sul diritto di naufragio indica che la legge doveva servire per un paese bagnato dal mare (Schupfer). In quanto all'epoca chi proponeva di assegnarla al secolo VIII (5), altri alla fine del sec. IX o a quella del sec. X (6); ma il suo carattere eminentemente feudale ha fatto accettare l'opinione dello Schupfer anche da quelli che dissentono da lui intorno alla patria (7), che, cioè, sia stata composta nel corso del sec. IX.

La *lex romana utin.* è un lavoro di un privato: non è una semplice riduzione del Breviario visigotico, del quale essa proverebbe la conoscenza in Italia (v. § 35, X), ma è una riduzione molto libera, con forte intrusione di principii germanici e feudali. La forma è trascuratissima tanto che alcune disposizioni sono inintelligibili. Consta di 27 libri: dall'1-16 la materia è tratta dal *Cod. Theod.*; dal 17-21 dalle Novelle di Teodosio, Valentiniano, ecc.; il 22 da Gaio, il resto da Paolo. La scarsezza di documenti di questo periodo le conferiscono una speciale importanza, perchè contiene il diritto romano del secolo IX, cioè adattato alle tradizioni e istitu-

---

(1) Canciani, Savigny, Rezzonico.

(2) Hegel, Haenel, Stobbe, Pertile, Brunner.

(3) Bethmann-Hollweg, Wagner.

(4) Brunner, Salis, Wagner, Zeumer, che stanno per la Rezia Curiense.

(5) Haenel, Stobbe, Planta, Pertile. Invece Zeumer la mette anteriore al 766.

(6) Savigny, Bethmann-Hollweg, Hegel, Salis.

(7) Brunner, Wagner. Anzi il Salis cerca fissare la data fra l'843 e l'859. Ma Schupfer respinge i suoi argomenti.

zioni della nuova società e nazionalità che si andavano formando, il diritto personale dei vinti romani che si andava accostando a quello dei vincitori, dal quale molte disposizioni aveva preso, nello stesso modo che questi ultimi avevano modificato il loro in senso romano. Essa accenna a quel nuovo diritto comune che per la nuova nazionalità si andava preparando, diritto in cui l'elemento latino e il germanico si trovavano insieme fusi.

42. Servono pure a illustrare l'ordinamento feudale che ebbe vigore in Italia, i monumenti del diritto feudale stranieri; i più importanti dei quali sono:

Per la Germania (1), *Vetus auctor de beneficiis* (sec. XIII, 1ª metà), *Speculum saxonicum* o *Sachsenspiegel* (metà sec. XIII), *Speculum suavicum* o *Schwabenspiegel* (an. 1275); per la Francia molte costume, specialmente quelle di Normandia (1199, fine sec. XIII), di Beauvoisis (opera di Beaumanoir, 1283), gli *Etablissements de S. Louis* (an. 1273), i consigli a un amico di Pierre de Fontaines (1253); per l'Oriente dove i crociati importarono il feudalismo, le Assisie di Gerusalemme (metà sec. XIII), di Antiochia (1201-1235), di Romania; per l'Inghilterra i trattati di Ranulfo di Glanvilla (1189), di Bracton (s. XIII), di Britton (1290).
Regolamenti feudali poi si trovano nella maggior parte delle leggi italiane, specie nelle leggi imperiali dall'XI-XV sec., nelle Assisie dei re di Sicilia, nelle Costituzioni Sicule, nei Capitoli degli Angioini, nelle Prammatiche, nelle Costituzioni dei Principi, ecc.

CAPO X.

GIURISPRUDENZA LONGOBARDA (*).

43. Non essendo stato il regno d'Italia assorbito dall'impero franco in modo da perdere la propria individualità ed avendo la legislazione carolingia proclamato anche per l'Italia il principio della personalità delle leggi, gli Editti dei re longobardi nel loro complesso restarono in vigore, e caddero soltanto quelle disposizioni relative al diritto pubblico che era regolato dai Capitolari franchi, e le altre di diritto privato che erano state modificate dai Capitolari generali o dagli speciali promulgati pel regno lon-

(*) **Bibliografia.** — Merkel, *Storia del dir. lang.*, nel 3° vol. di Savigny; Ficker, III, pag. 44 segg., 64, 74 segg.; Bethmann-Hollweg, II, § 101, 102; Boretius, prefaz. al *Liber pap. Mon. Germ. Leges*, IV, pag. XLVI-XLVIII; Bluhme, id. XCVIII-CXVIII; Pertile, § 13, 44, 64; Cassani, *Dell'antico studio di Bologna*, 1888, 12-22; Brunner, § 16.

(1) Ed. Lünich, *Corpus iuris feud. germ.*, 3 volumi, 1727: Senckenberg, 1740.

gobardico dai Carolingi (*capitula italica*, v. § 36); e se antinomie per caso restavano fra le due fonti legislative, le toglievano i dottori e i giudici cui incombeva indirettamente mantenere l'armonia e l'omogeneità nel corpo delle leggi patrie. In questo tempo degli Editti longobardi la pratica giudiziaria usava tanto la collezione cronologica, quanto una sistematica detta *Concordia de singulis causis* o *Capitula legis regum langob.* (in 60 titoli) redatto nell'829-832 per ordine di Eberardo marchese della Rezia e del Friuli (1), compilazione originale ma poco ligia al testo e assai manchevole. Questo primo lavoro attesta come già al principio del sec. IX esistesse nelle città una giurisprudenza lombarda pratica e scientifica, formatasi attorno all'Editto non che ai Capitolari, la quale aveva il suo centro nella sede stessa del regno, a Pavia. Qui quale emanazione dell'antica scuola di grammatica (2), sorse una scuola di diritto, la quale, forse fino sotto gli ultimi re longobardi, commentava gli editti: ed in seguito sviluppatasi fecondò i germi dottrinali preparati dagli antichi giudici del Tribunale palatino, produsse una notevole letteratura giuridica e raggiunse il suo punto di splendore nella prima metà del secolo XI, centocinquant'anni prima che Bologna divenisse il focolare della scienza.

La scuola pavese ebbe le sue fasi; e si possono nella sua storia distinguere tre periodi: il 1° rappresentato dagli *antiquissimi*, *antiqui iudices*, *causidici* (come chiamano questi giuristi i lavori pavesi del secolo XI) (3), ossia da giudici che mantenevano la tradizione pratica e la scientifica del giure. Comprende la letteratura lombarda dalle sue origini al secolo XI, la quale si caratterizza per un'interpretazione grammaticale delle leggi, con qualche riproduzione parallela ad uso lessicale del diritto romano, specie delle Istituzioni; — il 2° rappresentato da Guglielmo e Bonifiglio, 1014-1055 (detti *moderni*), periodo di breve durata nel quale la legge romana fu elevata a *lex omnium generalis*, a diritto di confronto, esaminandone prima la ragione e il contenuto; sebbene non mancassero giuristi, in parte lo stesso Bonifiglio e più di tutto Gualcosio o Valcauso, che cercarono opporsi all'invasione romanistica; — il 3° rappresentato dalla scuola di Bonifiglio e dall'altra opposta del celebre Lanfranco (4); e quest'ultimo periodo di attività della scuola

---

(1) Pubblic. da Bluhme, *Mon. Germ. Leges*, IV; Boretius, *Die Capitularien in Langobardenreich*, 35, 36; Merkel dice che ne è autore Lupo di Ferrières, ma non è vero.

(2) Salvioli, *L'istruzione pubblica in Italia nei secoli* VIII, IX *e* X. Firenze, 1879, p. 20, 36, 98 ecc. (estratto dalla *Rivista Europea*).

(3) La sigla era *a.* che i giuristi posteriori interpretavano *asini, amentes*, come quella di *v. val.* (*valcausus*) spiegavano per *valentes*.

(4) È una gloria italiana: n. 1005, m. 1089; fondò un monastero a Bec in Normandia, dove introdusse il diritto romano. Poi passò in Inghilterra con Guglielmo il Conquistatore. Scrisse di teologia.

pavese si distingue pel cresciuto uso di tutte le fonti del diritto romano allora conosciuto (Istituzioni, Digesto, Codice lib. I al X, *Epitome Juliani*) che acquistò forza di legge quando nel longobardo si trovavano oscurità o lacune, per la maggior diligenza, erudizione e acutezza, per la forte tendenza a ridurre a sistema e a raziocinare. Però il metodo seguito era pesantemente scolastico e i giuristi si mostrano ancora insufficienti a ricostruire l'organismo del diritto, a stabilire la figliazione delle leggi dai principii e a dare a questi consistenza e sicurezza.

Delle altre scuole di diritto longobardo nulla di positivo si conosce e finora non si hanno che delle ipotesi messe innanzi dal Ficker (1), secondo il quale già prima del 1100, sarebbero esistite scuole di diritto longobardo-romano a Bologna, Milano, Mantova, Nonantola, Verona. Alla scuola veronese di cui si ha qualche traccia dalla metà del secolo x, sarebbe appartenuto quel Gualcosio (1ª metà del secolo xi) (2), che prima del 1037 compose la Valcausina ossia una recensione degli Editti falsificandone e alterandone parecchi, e il cui nome passò nel medio evo anche presso i giuristi bolognesi a indicare i falsarii delle leggi. Connessa colla scuola veronese sarebbe stata quella di Bologna, città allora più longobarda che romana. Nonantola sarebbe poi stata l'intermediaria fra Pavia e Bologna, sarebbe stata, cioè, una scuola romanistica che avrebbe elaborato il diritto longobardo sul romano.

Ma solo della scuola pavese si può parlare con certezza, in quanto la sua esistenza è provata dai molti lavori che uscirono da essa e che non lasciano dubbio sulla loro patria, e sono (3):

1. Il *Capitulare* (v. § 36). — 2. Le *Quaestiones ac Monita* (fine del sec. x o principio xi) vere e prime monografie, risoluzioni pratiche di diritto longobardo, salico, romano, sulla successione, il duello, la procedura e il notariato. — 3. Il *Liber legis longobardorum papiensis dictus* (an. 1019-1037), raccolta di formole processuali intercalate sotto ogni testo di legge, e delle glosse dei diversi dottori *antiqui* pavesi, ad uso della scuola e del foro. Esso comprende gli Editti e le leggi dei re italiani disposti in ordine cronologico; ma il testo che dà, non potrebbe riguardarsi come autentico, perchè riproduce la così detta *vulgata pavese*, ossia una recensione delle leggi longobarde e del *Capitulare* emendata, migliorata nella lingua, non completa, perchè vi mancano le leggi andate in dissuetudine e quelle abrogate, per nulla dire degli equi-

---

(1) *Forschungen*, III, § 452, segg. Per Mantova, p. 463. Su Nonantola, v. Salvioli, *La scuola nonantolana di diritto*, 1871, negli *Atti e mem. della deputazione di storia patria di Modena*, n. s., t. VIII, p. 1ª.

(2) Savigny, II, 189.

(3) Pubblicati da Boretius, *Mon. Germ. Leges*, IV. — Le formole processuali e notarili dei nn. 3 e 5 in parte anche furono pubblicate da Muratori, Canciani e Walter.

voci e delle errate indicazioni nei nomi dei legislatori, che vi si trovano. Ignoto ne è l'autore, ma qualche parte vi ebbe Gualcosio. — 4. L'*Expositio ad librum papiensem* (posteriore al 1070), produzione del terzo periodo della scuola pavese (1); è una raccolta delle più recenti dottrine e sentenze dei giudici palatini di Pavia; vi si nota più completo ed abbondante uso delle fonti giuridiche romane allora note, le quali sono applicate con maggiore scienza e precisione che nel *Liber pap.* In questi tre ultimi lavori trovasi confermato come l'uso del diritto romano sia stato progressivo nella scuola pavese, cioè scarso e rudimentale, per la natura e quantità delle fonti, nel primo; poi sia cresciuto e si sia allargato col tempo. — 5. *Cartularium longobardicum* (1ª metà del sec. XI) raccolta di formole ad uso dei notai.

Alle altre scuole appartengono:

1. La *Lombarda* (Ivrea? (2) fine del sec. XI), collezione sistematica delle leggi dei re longobardi e franchi, in 4 libri. Dalle infinite variazioni di contesto, di locuzione e dei nomi dei legislatori, argomentasi la collaborazione di parecchi nel comporla. Ebbe corso nella scuola di Bologna dove serviva di testo alle lezioni, e fu il codice per mezzo del quale fino a tardi fu conosciuto il diritto longobardo. — 2. I commenti alla *Lombarda*, dovuti probabilmente a scolari di Bologna (3) e sono: *a*) il commento di Ariprando (principio del sec. XII), generalmente fedele al testo, con osservazioni tolte dalla pratica, citazioni di diritto romano e conciliazioni di antinomie; rimaneggiato pei 2 primi libri da Alberto con tendenze più accentuate in senso romanista (4); *b*) la *Summa legis longobardorum* (2ª metà del sec. XII). — 3. Alcuni Glossarii appartenenti alle provincie meridionali di scarso valore (5).

Questa è la letteratura del diritto longobardo fino al 1200. È quasi superfluo aggiungere come essa non riproducesse il puro diritto degli Editti, ma il diritto dell'Italia settentrionale, cioè con forti immistioni di altri diritti, specie del romano e franco e di consuetudini locali.

44. Intanto lo studio di questo giure che dominava di là da Bologna, in Romagna, a Roma stessa e in alcune parti dell'Italia meridionale, decadde come si affermò quel rigoglioso movimento giuridico della scuola bolognese, al sorgere della quale non dovè essere estranea l'influenza pavese (6). I glossatori combatterono il

(1) Secondo altri apparterrebbe al marchesato di Toscana.

(2) Ficker, III, 462. — Ediz. Boerius, 1512; Carolus de Tocco Lindenbrog; Bluhme, *Mon. Germ. Leges*, IV.

(3) Siegel, *Die Lombarda-Commentare. Wien-Ak.*, XL, 1862.

(4) *Die Lombarda-Commentare des Ariprand u. Albertus*, ed. Anschütz, 1855 Anche la *Summa* ed. Anschütz, 1870.

(5) Ed. dal Bluhme, o. c. Sono del sec. IX.

(6) Ficker, § 492, 493. — Cfr. § 469, 470, 489.

diritto longobardo, lo dissero *faex lombarda* e lo rilegarono nel posto di un giure consuetudinario (1). Baldo e Odofredo chiamarono gli Editti *leges irrationabiles et asininae;* Andrea d'Isernia *ius asininum;* Luca di Penna, opera bestiale, *non leges, sed faeces;* Andrea Bonello, penitenza pei nostri peccati; e alcuni secoli dopo anche il Card. De Luca e Gravina li chiamavano bestiali, ferini, spietati, e compiangevano gli Italiani che li avessero tollerati. Queste severe e immeritate condanne non erano però riescite a togliere al diritto longobardo ogni valore nelle provincie napoletane dove in alcune terre anzi restò in vigore sotto i Normanni e gli Svevi come diritto comune (2) e in altre come diritto personale: durò così fino al tempo di Ferdinando I (1454-98), nè dippoi tutto scomparve. E questa sua vitalità alimentò una trattazione dottrinale che si congiunge a quella pavese, ma da questa diversa perchè eccessivamente superficiale, sterile e povera di idee; e al mezzodì d'Italia appartengono i due trattati sulle *Differentiae inter ius Rom. et long.*, l'uno di Andrea de Barulo (Barletta, c. 1230), rimaneggiato nel sec. XV da G. Ferretto, ravennate (ed. 1541); l'altro di Biagio Paccone detto da Morcone (1338); l'*Apparatus* o *Glossae* alla Lombarda di Carlo di Tocco (principio del sec. XIII) che, per avere subordinato il gius longobardo al romano, ebbe grande autorità nei tribunali napoletani fino al secolo XVII, soverchiò tutte le altre glosse, che raccolse, vagliò e coordinò (3); il *Proloquium in reliquias juris long.* di Prospero Rendella (2ª metà del sec. XVI), difesa ed apologia di questo. Dopo Muratori, le prime voci che ne rimisero in onore lo studio, partirono dall'Italia meridionale (4).

CAPO XI.

LEGISLAZIONE STATUTARIA MUNICIPALE.

45. Nell'interno delle città italiane, in quel periodo in cui si andavano fecondando e sviluppando i germi del Comune, come

(1) Maassen nel *Jahrbuch f. gem. d. R.*, di Bekker e Muther, II, 222 seg.

(2) Nelle *Cost. Sic.* (§ 47) si dissero *jura comunia* il romano e il longobardo, il che fu variamente interpretato. Pare che il dir. longob. fosse comune in quelle regioni in cui prima della monarchia normanna era diritto territoriale: cosichè nel silenzio delle costit. si ricorresse al diritto che era comune nel territorio in cui il giudizio facevasi, il romano, o il longobardo, secondo la qualità dei litiganti.

(3) Molte edizioni del testo e glosse assieme. Vedi Savigny, II, 325.

(4) Come Denina, Pecchia, Signorelli, Giannone che ne celebra la prudenza e la giustizia.

entro le signorie feudali, per la convivenza già secolare e per l'incrociarsi delle unioni matrimoniali, le varie popolazioni perdettero i caratteri delle loro antiche nazionalità, e si fusero in una nuova omogenea, che fu la nazione italiana, non più tutta romana nè tutta germanica. D'allora in armonia con questo stato di cose, il diritto da personale divenne territoriale e si avviò verso l'unità, le professioni di legge restarono senza vera efficacia: e poichè nessuna legge aveva decisamente e integralmente trionfato e nessuna nuova e completa, rispondente a questi bisogni, era stata promulgata, e il molteplice patrimonio giuridico e legislativo allora esistente andavasi in parte dimenticando, si formarono, durante il secolo XI, in mezzo all'anarchia spontanea prodotta dal feudalismo, usi e consuetudini che erano il prodotto dell'incontro e della fusione dei varii diritti, usi generalmente più romanizzanti nella Bassa Italia e invece più germanici nell'Alta e Centrale, che correvano nella pratica senza appoggiarsi ad alcuna fonte scritta. E per questa mancanza, causa di mobilità e incertezza a cui male ovviavano gli interrogatorii e lodi dei *boni viri*, il popolo che formava la base della nuova vita, in balìa di sè, senza un signore che gli dettasse la legge, trovando i diritti esistenti non conformi e non sufficienti ai proprii bisogni, provvide da sè a questi, e i provvedimenti di un giorno riguardò come norme per l'avvenire, fissò i principii regolatori del suo ordinamento interno, codificò le consuetudini esistenti, che furono tosto messe in iscritto per sottrarle alla incertezza, agli abusi dei governanti, per tutelare la tranquillità e la libertà, e determinare i doveri dei cittadini e magistrati. Così originarono gli *Statuta* e le *Consuetudines*. Le più antiche di queste riguardavano solo il diritto pubblico; poi vi si aggiunsero altre di giure privato e processuale, e le une e le altre fuse in un sol corpo presero nel secolo XIII il nome di Statuti.

Il diritto di far Statuti, proprio del resto secondo il giure germanico a ogni corporazione, e tale si riguardava il nascente comune, fu alle città italiane regolarmente riconosciuto dall'Imperatore nel trattato di Costanza (an. 1183). I primi statuti appartengono difatti a quelle società, compagne o ghilde che ebbero tanta parte nella formazione del comune: esse solevano formulare in *Capitula* o *Brevia* le norme necessarie per regolare i doveri e le attribuzioni dei loro capi e assicurare la libertà ai suoi membri (1): poi allargatasi la costituzione del comune, il popolo li accrebbe inserendovi il diritto privato consuetudinario e li perfezionò con nuovi provvedimenti legislativi.

---

(1) Il più antico, finora noto, è quello della *Società delle armi del popolo di Bologna*, ed. da A. Gaudenzi (*Arch. stor. it.*, 1888).

A quest'epoca appartengono: gli Statuti di Pistoia (1177, ed. Zdekauer, 1888), il *Constitutum legis* e il *Constitutum usus* di Pisa (ed. Bonaini, 1854-70), importanti specialmente pel diritto commerciale, gli *Statuta Consulatus januensis* (1143), e le consuetudini di Alessandria (1179), Brescia, Alba, Como (1). Nel sec. XIII divennero copiosi e di vaste proporzioni, perchè tal diritto di darsi leggi se l'attribuirono anche le minori borgate (Canobbio 1211, Pinerolo 1220). A questo periodo appartengono le *Consuetudines mediolanenses* (1216), importanti per conoscere la condizione delle persone e terre, il diritto feudale, privato e processuale di questo tempo (2), gli Statuti di Firenze (3), Parma e Piacenza (an. 1266, ed. Rondini e Bonora, 1856), Bologna (an. 1245-1267, ed. Frati), Padova (sec. XII, al 1285, ed. Gloria, 1873), Vicenza (an. 1284, ed. Lampertico, 1887), Ravenna (ed. Fantuzzi), Novara (an. 1277, ed. Cerrutti).

Dal secolo XIV si fecero innumerevoli (4). Se ne diedero le città e le castella di campagna, le città dominanti e le terre soggette, quelle per diritto proprio, queste per concessione; imperocchè nella giurisprudenza era entrato il principio che ogni città od associazione potesse farne senza d'uopo di autorizzazione: e la moltitudine e varietà degli Statuti, tutti diversi, sebbene spesso con insignificanti variazioni, crebbe fino al secolo XVII.

Vi si tratta di diritto pubblico, privato, penale, di procedura, polizia, igiene, annona, edilizia, agricoltura, dazii, imposte. Generalmente sono divisi in 4 libri o collazioni. La maggior estensione è data a ciò che riguarda l'ordinamento del comune e dei consigli, i doveri e la responsabilità dei magistrati, ecc. La parte consacrata agli istituti privati tratta solo ciò che deroga al diritto romano che è il gius comune, e di preferenza lo stato delle persone, la dote, la successione, la tutela, i diritti nascenti da vicinanza di fondi, le vendite e donazioni. Al resto provvedevano le leggi romane modificate dalle canoniche. Li anima spirito di allontanare i cavilli, procurare buona fede, semplicità, speditezza: spesso la legge per attuare ciò si rimetteva alla prudenza degli arbitri, il che invece apriva l'adito ai cavilli forensi. Sono prolissi, la disposizione non è in forma tassativa, ma accompagnata da lunghe motivazioni e da verbose giustificazioni sullo scopo finale: spesso sono inutilmente minuziosi, mentre trascurano i particolari che assicurano l'esecuzione. Li viziano ripetizioni, esemplificazioni,

---

(1) Da Genova a Como nei *Mon. hist. p.*, XVI, *Leges*, I e II. Sugli statuti di Liguria v. Gir. Rossi, *Atti d. Società ligure di St. patria*, 1888.

(2) Ed. Verri, Berlan, 1863; *Mon. hist. p. Leges*, II, 859-572. Sulle concordanze fra queste *Consuet.* e un'antica lezione dei *libri Feud.*, v. Weymann, 1887.

(3) An. 1288, Rondoni, *I più antichi framm. del Constituto fiorentino.*

(4) Importanti quelli di Modena, 1327, ed. dal Campori. Notiamo ancora i bandi lucchesi del sec. XIV pubb. da Bongi, 1863.

locuzioni indefinite, sostituzione impropria di sinonimi, lusso di parole, locuzioni barbare, costruzione zoppiccante, stile ampolloso, affettazione di scienza: difetti tutti che crebbero dopo il secolo XVII, in cui le leggi divennero più involute ed è necessaria gran pratica per intendere quello stile cancelleresco. I più antichi sono redatti in latino, poi vennero tradotti in volgare; alcuni sono scritti in dialetto (St. di Sassari). In alcune città vi erano magistrati che li spiegavano pubblicamente al popolo, e come il governo venne nelle mani dei popolani, si assunsero giuristi all'ufficio di leggere o spiegare le leggi.

Niuna legislazione fu più mobile: al che l'autorizzava anche il suo originario carattere. Il popolo sovrano poteva introdurre tutte quelle modificazioni e innovazioni che generalmente le occasioni e lo spirito di parte od anche l'esperienza suggerivano. Spesso si mutava una legge per ottenere uno scopo, e ottenutolo si ripristinava tosto l'antica; spesso si cambiavano le leggi dalla fazione vincitrice per avere completa ragione degli avversari. Incaricati di formulare i provvedimenti e compilare gli statuti erano alcuni cittadini (*statutarii*), assistiti da giuristi, e costituivano un collegio con giurisdizione sulle leggi e colla facoltà di supplire alle lacune. Essi spesso ispirandosi all'esempio delle città vicine, facevano le proposte delle riforme, che poi venivan sottoposte per l'approvazione al Gran Consiglio popolare. Queste continue riformazioni decretate dal popolo sono la causa che di ogni statuto si abbiano parecchie redazioni, fra loro diverse, non solo negli antichi tempi ma anche dopo che erano stati stampati, redazioni mutate spesso con poco intervallo fra l'una e l'altra.

Elementi costitutivi della legislazione statutaria sono per le antiche redazioni il diritto romano, il germanico, il canonico e il feudale fusi assieme negli usi italici; poi andò prevalendo nelle successive riforme il diritto scientifico romano, specie a scapito del germanico. Quindi per la storia del nostro diritto maggiore importanza ed utilità offrono le redazioni antiche, nelle quali riscontransi le prime traccie del procedimento civile moderno, dell'ufficio pubblico del notariato, dei registri di stato civile, della tutela, delle limitazioni nella rivendicazione della proprietà, dell'espropriazione forzata, dell'acquedotto coattivo, dell'assenza, dei sensali, del diritto commerciale e marittimo, ecc., ecc. Molti offrono fra loro grandi identità nello spirito generale (1), il che mostra come gli uni originino da altri, e i più siano copie di altri e come vi debbano essere degli statuti-padri e degli statuti-figli, che sarebbero i più, e come si debbano

(1) Lattes, *Studii di dir. statutario*, II, *Nuovi esempi di identità statutaria*, 1886.

ricostruire delle famiglie che abbracciano gran numero di statuti, allo scopo anche di agevolare e semplificare lo studio di questa massa di libri che si computa ad oltre il migliaio: solo in Toscana nel sec. XVI se ne contavano 500! Ma ciò è finora un desiderio.

Analoghi pel contenuto e la forma agli statuti delle città sono quelli pei contadi (*Laudi*, *Carte di regola* nel Tirolo), veri regolamenti di polizia campestre, con poche disposizioni di diritto pubblico o privato, promulgati o approvati dalla città o dal principe da cui il contado dipendeva. Nelle terre feudali si ebbero parimenti statuti feudali concessi dai signori ai loro dipendenti, e riguardano per lo più solo il diritto penale (1).

Ricordiamo infine le gravi questioni che si agitarono fra i giuristi intorno alla forza giuridica degli statuti, cioè se potevano derogare al *gius* romano e al canonico. Prevalse la sentenza affermativa pel romano entro certi limiti e per certe materie, la negativa pel canonico, come pel *gius* naturale e divino. E fu trattando della personalità e territorialità degli statuti che gli antichi giureconsulti italiani del sec. XIV posero le basi delle dottrine del diritto internazionale privato (v. § 64).

CAPO XII.

DIRITTO E LEGISLAZIONE DELL'ITALIA MERIDIONALE (*).

46. Le popolazioni del mezzodì (ducato di Napoli, Amalfi, Gaeta, parte di Calabria e Puglia) e di Sardegna, dove, insomma, si mantenne signoria bizantina, continuarono a vivere secondo il diritto romano o greco-romano; e quelle di Sicilia non l'abbandonarono nemmeno sotto la dominazione degli Arabi i quali per se soli usavano delle consuetudini giuridiche derivanti dal Corano, e verso i Siculi si condussero con tolleranza rispettando la religione e le

(*) **Bibliografia.** — De Gasparis, *Sull'autorità del dir. rom. e long. nell'Italia merid. dal 1016-1119*, 1884; Brandileone, *Dir. bizantino nell'Italia merid. dall'*VIII *al* XII *sec. Arch. giurid.*, XXXVI, 1886; *Framm. di legisl. normanna e giurispr. bizant. nell'Italia merid. Rendic. Lincei*, 1885; Perla, *Dir. rom. giustin. nelle prov. merid. prima dell'Assisie normanne. Arch. stor. napol.*, X, 1885; Zachariae v. Lingenthal, *Il dir. rom. nella Bassa Italia e la scuola giurid. di Bologna. Rendic. Ist. lombardo*, s. II, vol. XVIII, 1885; Schupfer, *Rendic. Lincei*, 1886 e *Riv. critica di scienze giuridiche*, 1884, p. 267 segg.; Lamantia, *Cenni storici sulle fonti del dir. greco-rom. e le Assisie e leggi dei re di Sicilia*, 1887.

(1) Salvioli, *Storia delle immunità delle signorie e giustizie delle chiese in Italia*, Modena, 1888, p. 266-287, negli *Atti e Memorie della deputaz. di Storia patria delle provincie modenesi e parmensi* (vol. 2° delle *Giurisdizioni speciali nella storia del diritto italiano*).

leggi e facendoli giudicare da magistrati cristiani (1). Però per questi Siculi sottoposti agli Arabi il diritto romano, gius particolare e personale, non fu praticato che per consuetudine e senza conoscenza di fonti; mentre nelle città orientali di Sicilia, come pure in quelle dell'Italia meridionale, continuò ad avere vigore quale legge viva il diritto giustinianeo e alcune delle più importanti leggi bizantine vi furono conosciute e seguite. Questo fatto era dovuto ai rapporti costanti mantenuti da quelle città con Costantinopoli, rapporti politici e religiosi, politici perchè l'imperatore esercitava atti di autorità e di giurisdizione, religiosi pel grande ascendente e diffusione che avevano i monaci di S. Basilio appartenenti alla chiesa greca, i quali profughi delle persecuzioni iconoclastiche divennero il più forte istrumento della ellenizzazione religiosa e politica del paese. A poco a poco come lingua e costumi bizantini vi si infiltrarono, con essi passò anche una parte del diritto post-giustinianeo-bizantino rappresentato da compendii (prochiri) e parafrasi di origine orientale, il quale se non sostituì la legislazione giustinianea, prese certo un posto importante accanto ad essa, posto che mantenne per tutto il sec. XII (2). Indubbia è l'influenza del bizantinismo nell'Italia meridionale; e ne risentono l'indole giuridica della monarchia di Ruggiero che giusta il costume orientale intitolasi re per grazia di Dio, i rapporti tra la chiesa e lo stato normanno ispirati alle regole canoniche bizantine, le solennità religiose che accompagnarono in Sicilia la celebrazione del matrimonio, le pene contro le adultere, il *jus prothomiseos*, ecc. (Brandileone).

Nei paesi poi non sottoposti ai Bizantini, ma ai duchi longobardi (Benevento, Salerno, Capua), dove gli Editti esercitavano assoluta e incontrastata preponderanza, il diritto giustinianeo non solo era rimasto in vigore per le famiglie romane e pel clero, come era avvenuto per le altre parti dell'Italia longobarda, ma ancora ad esso ricorrevasi quando la nazionalità e la legge delle parti contendenti erano diverse.

Il diritto romano e greco-romano fu quindi per le popolazioni del mezzodì e di Sicilia il fondo delle consuetudini che si fissarono sotto gli Arabi e i Normanni. Giacchè anche i Normanni non mutarono il diritto che trovarono, e ai loro sudditi d'Italia, cattolici, arabi od ebrei, riconobbero per tutti la personalità del diritto e

---

(1) Amari, *Storia dei mussulm. in Sicilia*, I, 480 segg. Nessuna traccia di diritto arabo restò in Sicilia.

(2) Giannone e Brandileone pensano che si conoscessero ed usassero i soli Basilici, dubbio se il testo o solo dei compendii. Invece Perla, Schupfer, Pepere sostengono che restasse in vigore il diritto giustinianeo, ma nello stesso tempo fosse preponderante l'autorità dei Basilici.

l'uso delle proprie leggi. Così fecero anche gli Svevi e gli Angioini. Anzi i Normanni, invece di attenersi per quanto riguardava se stessi al sistema della personalità delle leggi e seguire il loro diritto di origine o di adozione (1), tennero soltanto ad alcune loro istituzioni politiche (feudi, parlamenti); e pel resto i re Ruggiero II, Guglielmo I e II (1130-1189), sottoposero le loro genti normanne a certe leggi di forte ispirazione e tinta romana, perchè le costituzioni da essi emanate, pel contenuto e le parole, riproducono letteralmente passi delle *Pandette* e del *Codice* (2). In tal modo aprivasi la via perchè dagli Svevi il diritto romano venisse ufficialmente riconosciuto quale *ius comune,* diritto sussidiario.

47. Le prime costituzioni o Assise pubblicate dai Normanni in Italia, lo furono nei parlamenti di Melfi e Ariano (1130-1140), sotto Ruggero II (3); altre ne pubblicarono i due Guglielmi, ma nessuna è a noi giunta nel suo aspetto primitivo. L'opera legislativa fu ripresa nel 1231 da Federico II di Svevia, il quale, rifondendo le leggi normanne e aggiungendovene molte sue, pubblicò in Melfi una raccolta di leggi normanno-sveve, elaborata da Giacomo vescovo di Capua, detta *Liber augustalis* e poi *Constitutiones Regni Siciliae* o Costituzioni sicule (4). È composta di tre libri: il 1° tratta il diritto pubblico, il 2° il processo, il 3° il diritto feudale, privato e penale; seguono altre costituzioni dette Novelle. Fu tradotta in greco, ebbe molti e celebri commentatori; Andrea Bonello di Barletta (sec. XIII), Marino da Caramanico (sec. XIII) le cui glosse fecero testo nei Tribunali napoletani, Napodano 1351, Luca di Penne (sec. XIV), Isernia † 1316, D'Afflitto 1528, valente

---

(1) I Normanni derivano dalla Danimarca, non dalla Norvegia (Steenstrup, *Normannern,* 143, 168); ma nel corso di lor migrazioni abbandonarono il diritto di origine, e assunsero il franco, e di derivazione franca sono i feudi e i parlamenti e altre leggi che ebbero in Normandia e in Inghilterra. Brunner, *Entstehung der Schwurgerichte,* 1876, pagina 129, segg.; Amira, *Sybel's Histor. Zeits.,* III, 247. Solo qualche traccia di diritto nordico si trova nella comunione dei beni e nel diritto del signore su quanto il mare getta sulla riva. Brünneck, *Recht auf Zueignung v. d. See ausgeworfenen Meersproducte,* 1874, p. 8.

(2) Brandileone, *Il diritto romano nelle leggi normanne e sveve del regno di Sicilia,* con prefaz. di Capasso, 1884.

(3) Ed. Merkel, *Iuris siculi sive assisarum regum regni Siciliae fragm.,* 1856; Capasso, *Novella di Ruggiero,* 1867; Brandileone, *Il dir. rom.,* ecc.; *Rend. Lincei,* 1886; Orlando, *Il potere legislat. ai tempi dei Normanni,* 1844; Ciotti, *Dir. pubblico al tempo dei Norm.,* 1883; Di Gregorio, *Consid. sulla storia di Sicilia,* 1831; Perla, *Le Assisie dei re di Sicilia,* 1882; Lamantia, *Cenni,* 63-92.

(4) Ed. Carcani, 1786; Huillard-Bréholles, *Hist. dipl. Frid. II,* IV, 1854; Capasso, *Storia esterna delle Costit.,* 1869; Del Vecchio, *La legislazione di Federico II,* 1874; Brandileone. E inoltre Pecchia, Giannone, Capone, citati a § 90; Ficker, § 202-203.

giurista, ma troppo manchevole dal lato storico (1) e inoltre Follerio † 1590, e restò per la Sicilia in vigore di legge fino al 1819.

Anche nelle *Const. sic.*, come nelle Assisie normanne, abbondano pel diritto privato, ma più specialmente pel penale, i principii tolti dal diritto giustinianeo, ora compendiati, ora letteralmente trascritti. Il procedimento romano che è la parte meno manchevole di esse, vi è riprodotto con opportune modificazioni. Tutto ciò è dovuto alle tradizioni romanistiche, mai morte nel mezzodì e Sicilia, e che nel sec. XII, per la spinta venuta da Bologna si ridestarono e ingagliardirono. Federico II poi, cui animava il concetto della maestà romana, assicurò al *gius* romano che riguardava opera legislativa di quegli imperatori di cui egli era il legittimo successore, la preminenza sugli altri diritti.

48 (*). Anche le città dell'Italia meridionale continentale ebbero consuetudini formatesi sotto i Bizantini, ma fissate in iscritto in epoca posteriore, sotto i Normanni, gli Angioini o gli Aragonesi, per opera di qualche giureconsulto. Le principali sono:

Quelle di Aversa, antichissime (commentate da Nunzio Pellicia); di Capua, raccolte per ordine di Carlo II, e sono le più complete ed ebbero grande influenza sul diritto napoletano (comm. Flavio Ventriglia); di Amalfi, raccolte da G. Agostarici (1274); di Sorrento (princ. s. XIV) osservate fino al 1809; di Napoli (1306), che sono una miscela di principii romani, greco-romani e longobardi (2), di Bari (s. XII), note in due redazioni, una fatta secondo l'ordine del Cod. giustin., da Andrea di Bari, e l'altra più copiosa, disposta secondo l'Editto longob. da Sparano, le quali presuppongono un unico testo da cui derivarono (comm. Massilla, De Rossi). E oltre queste si hanno ancora le consuetudini di Benevento, Catanzaro, Trani, Cerreto, Palma, ecc.

Il sustrato giuridico di queste consuetudini è a preferenza romano-longobardo, e non mancano vestigia del puro diritto lon-

(*) **Bibliografia.** — Ed. Volpicella: per Amalfi, Sorrento, Trani, Bari, ed. Alianelli, Faraglia. — Alianelli, *Antiche consuet. e leggi marit. dell'It. mer.*, 1871; Pepere, negli *Atti dell'Acc. di scienze morali di Napoli*, XXII, 1887; Perla, *Diritto long. negli usi e consuet. del napol.*, 1882; Ciccaglione, *Diritto esterno dei munic. napolet.*, 1884.

(1) Intorno a Bonello, vedi la vita scrittane da Volpicella; le glosse di lui sono edite integralmente da Ciccaglione nel *Filangeri*, 1888, e intorno ad Andrea d'Isernia la vita scritta dal Palumbo, 1886.

(2) Giannone le fa derivare dal dir. rom.; Maffei, *De iure civ. neap.*, 1784 dal longob.; Fimiani, *Elem. juris neap.*, 1782 dal greco. Commentatori: Napodano, 1351, D'Afflitto, Botti, Letizia, 1786, Molfesio, Rosa, Salerno, 1560, Capece, Freccia, 1566, Pisanelli, Revertera, e sul diritto napoletano in genere v. gli istituzionisti Basta, Fighera, Fimiani, Guarani, Maffei, Rapolla, Valletta quasi tutti del sec. XVIII.

gobardo (1). Anzi, gli Statuti beneventani (1202) dànno esplicitamente al diritto longobardo la preferenza sul romano. Trattano generalmente di diritto privato (famiglia e successione), ma non mancano disposizioni di *gius* pubblico, penale e processuale e di diritto internazionale privato (2).

49 (*). Il diritto romano e greco-romano non tardò anche in Sicilia a passare allo stato di consuetudini, che furono messe in iscritto per iniziativa di privati, allo scopo di sottrarle all'arbitrio, nel corso del sec. XIV. Gli Svevi le avevano collettivamente riconosciute e ad esse avevano lasciato regolare certi bisogni locali; ma gli Aragonesi (1282) le vollero approvare una per una. Si distinguono in tre gruppi: quelle di Palermo (fine sec. XIII) da cui derivano gli statuti di Corleone (1439); quelle di Messina (principio sec. XIV) ricevute al nord, sud e ovest della costa, dalle quali derivano gli statuti di Trapani, Girgenti (1319), Patti, Lipari; quelle di Catania (1345) che sono capostipite degli statuti di Vizzini, Castiglione, Paternò, Acireale, Adernò, Randazzo, Motta Anastasiana. Le consuetudini di Siracusa e Caltagirone costituiscono una famiglia a sè (3).

Oltre il diritto romano e greco-romano che in esse domina, si riscontrano altri elementi di origine francese, dovuti alla signoria normanna e angioina, pochi di origine longobarda, dovuti alla dominazione sveva e alle colonie venute di Lombardia coi Normanni. Hanno tutti un fondo comune, che è maggiore delle differenze che presentano. La loro fisionomia è diversa da quella degli altri statuti italiani perchè non contengono che disposizioni di diritto privato; e anche di questo non trattano che pochissimi punti (comunione di beni, *jus prothomiseos*, doti, successioni) nulla di diritto pubblico, salvo qualche cosa sulle cariche municipali. La legislazione sveva e angioina permetteva alle città fare statuti che avevano vigore finchè non venivano in conflitto col diritto del regno. Dove poi questo e le municipali consuetudini tacevano e non ostavano vigeva il diritto romano come *gius* sussidiario.

(*) **Bibliografia.** — Di Gregorio, *Consideraz. sulla storia di Sicilia;* Orlando, *La legislazione nel m. e. in Sicilia*, 1857; Lamantia, *Storia della legislazione civile e crimin. in Sicilia*, 3 vol., 1839-74; Brünneck, *Siciliens mittelalterl. Stadtrechte*, 1881; Hartwig, *Codex iuris munic. Siciliæ*, 1867.

(1) Ciò vedesi a proposito del *mundio*, *aldionato*, *morgengab*, *guidrigildo.*

(2) Le baresi riconfermano l'abolizione del diritto di albinaggio.

(3) Ed. Lamantia, *Consuet.*, 1862; *Archiv. st. it.*, s. IV, t. VII, VIII, IX, XI, XIV. Brünneck, Todaro. Commenti per Palermo, Muta, Viperano, Buongiorno; per Messina, Giurba; Catania, Nepita, Lombardi, Zappalà.

CAPO XIII.

STATUTI DI CORPORAZIONI E LEGGI MARITTIME (*).

50. Le corporazioni mercantili italiane (*ordo*, *societas*, compagna, università) dalle quali il comune trasse vita, ordinamento e floridezza, e le cui origini si perdono nella oscurità del più remoto medio evo, ebbero di buon ora interne consuetudini che, giustamente si può dire, costituiscono la fonte più antica del diritto commerciale e marittimo europeo. Tali consuetudini, oltrecchè provvedere all'assistenza dei commercianti all'interno e all'estero, alle relazioni fra le arti minori (*artes*, *paratici*, *convivia*, *misteria*) che la corporazione abbracciava, ai doveri delle magistrature (consoli), ed oltre quanto si riferiva alla tecnica per ottenere il perfezionamento dei prodotti, al tirocinio degli allievi, ai segreti dell'arte, alla polizia economica ed industriale, provvedevano ancora ai bisogni del commercio di terra e di mare, per quei casi pei quali le leggi romane o germaniche si mostravano insufficienti o inapplicabili, o insopportabili per le lungherie processuali. L'incertezza che della stessa legge si aveva in questo tempo e la prevalenza della consuetudine in tutti i campi della vita giuridica furono condizioni favorevoli perchè le corporazioni mercantili procedessero speditamente nel derogare o supplire alle lacune del diritto consuetudinario mediante la formazione di loro proprie consuetudini : le quali poi, cresciute di numero, per sottrarle all'instabilità e incertezza, con procedimento eguale a quello che tenne il popolo pe' suoi statuti civili, furono ridotte in iscritto, a cominciare dalla 2ª metà del sec. XIII, sotto forma di statuti, approvati dal Consiglio dei mercanti e confermati dall'autorità comunale o dal principe. Tale conferma dava ad essi autorità eguale a quella de' statuti civili e l'appoggio dei magistrati per applicare le sanzioni e per rendere esecutive le sentenze. Anche di essi furono fatte riforme: la loro vita durò quanto quella delle corporazioni da cui emanavano e quanto l'ordinamento corporativo delle industrie e del commercio.

I più antichi ed importanti sono quelli delle società dei mer-

(*) **Bibliografia.** — Orlando, *Fratellanze artigiane in Italia*, 1884; Lattes, *Il diritto commerc. nella legisl. statut. delle città it.*, 1884, p. 23-76; Lastig, *Entwick. u. Quellen des Handelsrechts*, 1877, p. 239-246 (stat. delle arti p. 362-370). Sulle ghilde germaniche v. Wilda, *Gildwesen in MA.*, 1831, Boehmert, Schoenberg, 1868, Pappenheim, Brentano, Gierke, Hartwig, Salvioni. Hanno pubblicato statuti di arti: Cuturi, Gaudenzi, Portioli, Filippi. *Statuti di Calimala in Firenze*, 1888. Sagredo, *Consorterie d'arti edific. a Venezia*, 1856; Muratori, diss. 30 e 52.

canti di Bologna (sec. XIII, ediz. Gaudenzi), di Firenze, di Pavia (1295, 1368), di Pisa (1308), Verona (1318), Piacenza (1321, 1346), Milano (1396), Cremona (1388), ecc. Dal sec. XV in avanti ne ebbero tutte le arti, università, compagnie o corti, anche le più umili, quelle dei banchieri, speziali, giuristi, notai, medici, chierici, fabbri, barbieri, fornai, scrivani, droghieri, saponari, muratori, calzolai, rigattieri, osti, ecc., parecchi dei quali sono stampati.

51. (*) Grande e speciale importanza hanno gli statuti emessi dalle antiche corporazioni delle genti di mare (*curia maris*), e quindi relativi al commercio marittimo e alla navigazione. Anche sotto il dominio longobardo e franco alcune città del Mediterraneo e dell'Adriatico avevano coi paesi d'oltremare mantenuti rapporti commerciali a cui le crociate diedero straordinario sviluppo; e poichè a disciplinare questi negozii commerciali le leggi romane speciali o erano ignote o non bastavano e il diritto germanico taceva, entro queste corporazioni si formarono usi marittimi che a cominciare dal sec. XII furono messi in iscritto (v. § 78).

La più antica di queste corporazioni è l'*Ordo maris* di Pisa (1188-1201 ?) che qui esercitava estesi poteri amministrativi e giudiziarii sull'equipaggio, gli armatori ecc., e aveva tutta la polizia marittima mercantile e che dopo di essersi diffuso su tutte le coste mediterranee, modello alle altre curie, decadde colla repubblica pisana (sec. XIV). L'*Ordo maris* di Pisa ebbe il suo regolamento o diritto che è contenuto nel *Breve curiae maris* del 1297 (ed. Bonaini).

Ordinamenti marittimi di altre corporazioni sono: 1° i *Capitula et ordinationes curiæ marittimæ civ. Amalphae* (*Tabula Prothontina Maris* o tavola amalfitana). Consta di 66 capi, 21 dei quali sono scritti in latino e devono essere parte del primitivo testo, e appartengono al secolo XI: gli altri sono scritti in italiano e sono di origine più recente (sec. XIII) e probabilmente opera di un privato, che li desunse dalla pratica: alcuni infine (59-62) sono traduzione letterale del Regolamento pel Consolato di mare per Valenza (Laband), ossia sono importazione dovuta alla dominazione aragonese. La redazione o riforma a noi giunta è del 1274 secondo alcuni; per altri (Schaube) appartiene al secolo XV. Essa era in vigore a Napoli anche nel secolo XVII (1). — 2° Gli statuti marittimi

(*) **Bibliografia.** — Pardessus, *Collection des lois maritimes*, t. IV, V, 1828-1845; Boselli, *Le droit marit. en Italie*, 1885; Alianelli, *Antiche consuet. e leggi maritt. delle prov. merid.*, 1871; Reddie, *Histor. view of the law of marit. comm.*, 1841; Travers Twiss, *Black Book of the Admiralty*, Londra, 1871-76; Addosio, *Cenno stor. sul dir. comm.*, 1860; Thomas, *Quellenkunde des venet. Handels u. Verkehrs*, 1879; Wagner, *HB. d. Seerechts*, I, 1884, §§ 2-4; Schaube, *Consulat des Meeres in Pisa*, 1888. Sclopis, I, c. 5; V. c. 5. Pertile, §§ 43, 65, 67, 68; Cibrario, *Econ. polit. del m. e.*

(1) Fu scoperta da Gar nel 1843, e pubblicata da Volpicella, 1849, Adosio, Laband, *Zeits. f. Handelsrechts*, VII, 237-337, da Alianelli

di Trani la cui data è disputatissima, essendovi chi li assegna al 1063 e altri al 1453 (1), specialmente interessanti per le avarie, il getto, il nolo, la tenuta dei libri, gli obblighi e la responsabilità del proprietario, degli ufficiali, marinai, ecc. — 3° Statuti delle antiche corporazioni marinaresche di Genova non si hanno, ma traccie di leggi marittime rinvengonsi in alcuni *Brevi delle Compagne* del 1157 e in atti emanati dai Consoli dei Placiti nel 1217 (2).

Invece di regolamenti di corporazioni, a Genova come a Venezia, Ancona, ecc., il commercio marittimo fin dai tempi antichi fu sottoposto a statuti e provvedimenti emanati dalla stessa autorità politica, i quali fanno corpo a sè o sono compresi fra le leggi civili. La legislazione mercantile marittima di Genova è contenuta negli statuti dell'ufficio di Gazeria (1313-1344, 1403: riform. 1441), della Colonia genovese di Pera (1303), nelle leggi civili del 1588, nei capitolari dei conservatori del mare (1607), ecc. (3). Quella veneta comincia col *Capitulare navium* del 1205 (4) che ebbe molte riforme, e che si diffuse nelle coste dell'Adriatico colle leggi marittime del 1281, 1302, 1346. Gli statuti di Ancona anteriori al 1397, quelli di Gaeta (fra il 1356-1529), di Firenze (secolo XV e XVI), di Sassari del 1316, i Capitoli dell'ufficio del grande Ammiragliato pel Napoletano, il *Breve Portus Kalleratani* del 1318, i Capitolati del G. Ammiragliato del 1389 per la Sicilia, ecc. furono le principali leggi marittime italiane, finchè al secolo XVI non prevalse quella raccolta di consuetudini e pratiche di mare, composta a Barcellona nel 1370 (Wagner), che divenne il diritto universale del Mediterraneo, completò od abrogò i diritti locali, fu tradotta in italiano (1549) e commentata da illustri commercialisti nostrani (Casaregis 1737). La diffusione di questa raccolta, detta *Consolato di mare*, mostra che nel Mediterraneo si era riesciti da tempo a una specie di transazione fra le diverse leggi da permettere di adottare una redazione unica. — Aggiungiamo, che un secolo dopo l'Ordinanza marittima di Luigi XIV (1681) Venezia fu la prima a tentare in Italia una codificazione completa del diritto marittimo col *Codice della veneta mercantile marina* (1786). A Napoli furono fatti diversi progetti fra cui uno del Jorio (1779) ricco di dottrina ma povero di pratica. Azuni ne compilò uno pel re di Sardegna (1791) e un altro Baldasseroni nel 1806 pel regno italico: ma nessuno ebbe sanzione regia.

---

che la crede anteriore al 1131. Secondo Camera (*Mem. st. dipl. di Amalfi*, 1876, I, 207-217) è anteriore al 1007; secondo Holtius posteriore alla costituzione della monarchia normanna e l'assegna al 1269; e secondo Racioppi, *La Tavola, ecc.*, 1879, anche i cap. latini sono poster. al 1274.

(1) Vogliono il 1063 De Rozière, *Rev. hist. de droit.*, I, 1855, 189; Alianelli, Festa-Campanile, Pardessus; il 1183 Volpicella, *Antichi ord. mar. di Trani*, 1871; il 1263 Racioppi; il 1363 Sclopis e Pertile; il 1453 Schaube, *Consulat d. Pisa*, p. 279.

(2) Oliveri, *Atti della Società di storia pat. ligure*, I, 183, 994.

(3) Ed. Pardessus, Sauli, *Mon. his. patr. Leges I;* Promis, *Miscel. di st. it.*, XI; Belgrano, *Atti cit. d. Società ligure*. V. Lastig, 150-253; Belgrano, *Saggio bibliogr. degli stat. di Genova*, 1878.

(4) Pubbl. da Romanin, *Stor. docum. di Venezia*, II, 441. Vedi poi Canciani, V, 341; Pardessus, V, 20 segg.

SEZIONE TERZA: Diritto romano e giurisprudenza.

CAPO XIV.

IL DIRITTO ROMANO NEL MEDIO EVO (*).

52. L'opinione degli antichi giureconsulti, prevalente fino alla comparsa dell'opera di Donato d'Asti (1720) che il diritto romano colla venuta dei Germani in Italia avesse cessato di esistere tanto come legge che come dottrina, eccetto che per Sicilia e Sardegna, e che il suo primo risorgere nel secolo XII, a Bologna, fosse dovuto a un fatto casuale, la scoperta delle *Pandette* ad Amalfi (1135 o 1136), le quali di là passarono a Pisa, dove suscitarono il desiderio di conoscere il giure romano — dopo l'opera magistrale di Savigny che provò la persistenza del diritto romano attraverso il primo medio evo, è completamente oggidì abbandonata. Una ricca e importante letteratura nostrana e straniera ha ormai messo fuori di contestazione per tutti, compresi quei pochi (Conrat) che non accettano le date attribuite ad alcuni libri giuridici ritenuti prebolognesi e dubitano dell'esistenza di una vera trattazione scientifica nella prima parte del medio evo, l'ininterrotta continuità dell'uso e della conoscenza dottrinale del diritto romano da Giustiniano a Irnerio e l'esistenza di un periodo di preparazione alla scuola bolognese. Soltanto si discute se questa conoscenza sia stata solo professionale (Bethmann-Hollweg, Stintzing, Conrat) oppure scientifica (Fitting, Ficker, Chiapelli), se la vera elaborazione dottrinale discenda direttamente dalle scuole imperiali, oppure sia anteriore ad Irnerio, ma non oltrepassi il 1070 (Conrat), nel qual caso prima di quest'epoca il giure romano si sarebbe conosciuto solo per quanto serviva a scopi professionali, e sarebbe stato oggetto di trattazione grammaticale, enciclopedica, fatta senza le fonti e solo col sussidio di glossarii e manuali. È di grande importanza conoscere l'origine e la figliazione della scuola di Bologna

(*) **Bibliografia.** — Savigny: Fitting, *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, 1876; *Zur Gesch. der Rechtswiss.*, 1875 e nella *Zeits. f. R. G.*, XIX e XX; Conrat, *Die Epitome Exactis Regibus*, 1884, pref. I-CCCXI; e *Gesch. d. Quellen u. Literatur d. roem. R. im frueh. Mittelalter*, I, 1889; Stintzing, *Gesch. der popularen Literatur des roem. canon. R. in Deutschland*, 1867; Landsberg, *Glosse des Accursius*, 1883, 1-69; Ficker, III, 1-189; Rivier, nella *Nou. Rev.*, I, 1877, 1-46; Tarlazzi, *Scuole del diritto rom. in Ravenna e Bologna* negli *Atti e Mem. d. deput. di Storia patria di Romagna*, s. III, t. IV; Ricci, *Origine dello studio ravenn.*, nelle stesse *Mem.*; Bethmann-Hollweg, II, § 103; Pertile, § 60.

e vedere se sia connessa colle scuole precedenti, oppure se è una apparizione tutta nuova pei metodi e per gli alti scopi scientifici.

53. Al tempo di Giustiniano esisteva ancora a Roma, certo non più nell'antico fiore, la scuola di diritto; lo stesso imperatore l'aveva confermata ed arricchita di privilegi: gli stessi Ostrogoti l'avevano mantenuta: poi subendo il contraccolpo delle ripetute invasioni e rovine dei Germani nella città eterna, oppure delle grandi rivoluzioni interne, al tempo dei Franchi secondo gli uni (Chiapelli) o verso la fine del sec. XI secondo altri (Odofredo e Fitting), si era totalmente spenta. Ma con essa non moriva in tutta Italia qualunque insegnamento o tradizione scolastica del diritto romano, imperocchè in molte scuole episcopali di grammatica dal sec. VII all'XI, o come parte dell'antica letteratura o come complemento del trivio e seguito della retorica, figurava lo studio elementare dei canoni e delle leggi romane (1). Queste scuole preparavano i notai italiani, spiegando loro sommariamente e in confuso il senso delle formole tradizionali della stilistica romana, e mantenevano in circolazione quanto del diritto romano bastava per i bisogni delle popolazioni romane cui era concesso di servirsi fra loro della legge di origine. Generalmente tale insegnamento connesso colla grammatica e la dialettica piuttostochè colle fonti, era parte di quelle trattazioni enciclopediche, sì care al medio evo, fatte col solo sussidio di glossari e di manuali, i più di pessima qualità e di fattura medievale: e da questi (e non dalle Istituzioni, come vuole il Fitting) derivavano le comuni notizie sul diritto romano. Però non tutte le scuole si arrestarono a queste generalità, ma alcune procedettero e anche senza superare di molto gli elementi, sottoposero questi a trattazione indipendente, dottrinale e, diremmo anche, scientifica sulle fonti. Non erano scuole organizzate, ma libere e la loro importanza, come la natura e profondità degli insegnamenti, dipendeva dalla dottrina e abilità degli insegnanti. Si suppone che ne esistesse una a Pisa e un'altra presso il monastero di Nonantola (2): certa ne è invece l'esistenza a Pavia e a Ravenna; e per la Francia è probabile che Orleans abbia avuto una scuola di diritto romano dal IX all'XI sec., e Lione nel IX e X (Fitting). La scuola di Pavia ha per sè molti solidi indizi; la grande influenza che esercitò il diritto romano nella sistemazione del longobardo (§ 43) devesi alla presenza di insegnanti che spiegavano le leggi romane ai causidici e giudici palatini di Pavia. Al sec. XI era essa giunta a molta

(1) Salvioli, *L'istruzione pubblica in Italia nei secoli* VIII, IX *e* X, Firenze, 1879, pag. 4, 26 e segg., 98, 139 (*Rivista europea*). — Contro la scuola di Roma, v. Padelletti, *Arch. giur.*, VII, VIII, IX; Ficker, *Zeit. u. Ort. d. Brachyl.*, 1871.

(2) Ficker e Salvioli, *Scuola nonantol.* (cit. a § 43).

rinomanza (ed in quest'epoca appunto si accentuò l'influenza romana nell'interpretazione delle leggi longobarde); la frequentavano scolari francesi del mezzodì, i quali portarono dall'Italia in patria il gusto del diritto romano e l'uso dei manuali giuridici italiani che poi oltre Alpe furono rimaneggiati (e così originarono il *Petri Except.*, il libro di Tubinga). Della scuola di Ravenna si può seguire la storia per tutto il secolo XI, ma forse esistè anche prima (1); in essa convenivano gli scolari di Romagna e di Toscana; non erano solo professionisti ma giuristi che trattavano scientificamente il diritto « ratiocinando, assumendo, colligendo, multimodo, cavillationum argumenta » (Pietro Damiano). Essa era quello che Pavia era pel diritto longobardo; giacchè in Romagna si erano mantenuti gli usi e le consuetudini romane, diritto territoriale era divenuto il romano, poichè pochi longobardi vi abitavano, e romani erano l'ordinamento giudiziario e il procedimento.

54. Come prodotto di queste scuole ed in servizio di esse si formò una letteratura giuridica, consistente in manuali, commenti o glosse (*clausolae*). Alla rarità e all'alto prezzo dei libri giustinianei supplivano riassunti, raccolte di definizioni, parafrasi senza profondità e schemi delle lezioni orali; all'insufficiente preparazione esegetica brevi interpretazioni grammaticali o lessicali, spesso tratte dai glossarii. Ma in processo di tempo riferirono tali scritti anche raffronti di testi, esempi e commenti dottrinali. Questa letteratura giuridica anteriore al secolo XII enumera i seguenti principali lavori:

Periodo bizantino: 1. La *Glossa torinese alle Istituzioni*, ed. Savigny, Krüger, *Z. f. R. G.*, VII, Schrader: probabilmente composta sotto Giustiniano (2). — 2. La *Glossa e gli Scolii a Giuliano e alla Collatio*, ed. Biener, *Gesch. d. Novellen*, 229, Bluhme, *Lex Dei*, XXXIII. — 3. I trattati *Dictatum de Consiliariis* e *Collectio de tutoribus*, ed. Haenel, Pithou, del tempo di Giustiniano. — 4. La glossa agli agrimensori col tit. *Finium regund.*, ed. Lachmann, *Gromat. vet.*, I, 276.

Posteriore all'epoca bisantina: 1. La *Summa perusina* (*Capitula adnotationum*), dei primi 8 libri del Cod.: breviario barbaro e senza valore: ed. Niebhur, *Z. f. gesch. R. W.*, III; Heimbach, *Anecd.*, II, 1-44 (secondo Krüger, anteriore al sec. VII). — 2. La *Glossa pistoiese* al Cod.

---

(1) Conrat, 273, la nega: la sostengono Fitting, Ficker, III, 104, e *Wien. Akad.*, LXVII, p. 625, Ricci, Tarlazzi, ecc.

(2) Così Fitting, *Ueber die Turinere Glosse und d. Brachylogus*, 1870; Krüger, *Gesch. d. Quellen u. Literat. d. Roem. Rechts*, 1888, 371. Invece Niebhur la mette nel 640; Dirksen prima del IX o X secolo; Boecking, *Pandekten*, § 24, non dopo il X. Ferrini (*La Gl. Torin. e la parafras. dello Pseudoteofilo. Rendic. Ist. lomb.*, 1884, s. II, vol. 17, *Arch. giurid.*, XXXVII) ha dimostrato che essa è tratta in gran parte dai commenti di Gaio.

di origine italica (sec. XI), ed. Chiapelli (1). — 3. Le *Notae juris a Magnone collectae* (801-818), ediz. Keil, *Grammat. lat.*, IV; non sono lavori giuridici, ma tratti da fonti giuridiche. — 4. La *Lex rom. canonice compta*, collezione canonica, posteriore all'825. — 5. La *Collectio Anselmo dicata* (post. sec. IX) (2). — 6. Le *Petri Exceptiones* (= *Excerptiones legum romanorum*, in 4 libri: non lavoro originale, ma rimaneggiamento di un'opera più antica (forse della prima metà del sec. XI) originaria dell'Italia (di Ravenna, secondo Ficher, di Pavia secondo Fitting, e ciò per certe traccie di diritto longobardo che vi si riscontrano, e che farebbero credere che quell'opera fosse usata a Pavia, quale libro didattico); compilata sul *Digesto*, dalla quale sarebbero derivati altri lavori, il libro di Gratz, quello di Tubinga, fatto da un provenzale alla scuola di Pavia, per gli scolari di sua patria, ed anche questo di Pietro dovuto a un giurista del sec. XII, della Francia del Sud. Vi si nota conoscenza di tutte le parti del *Corpus iuris;* è importante per la storia del diritto matrimoniale; ed. Savigny (3). Ad esse fanno seguito due appendici, ed. Fitting, una di brevi frammenti di massime giuridiche e di estratti da un commentario alle Istituzioni, l'altra *de varietate actionum*. — 7. L'*Epitome exactis regibus*, sistematica esposizione dei termini giuridici del *Dig.* e *Cod.*, a scopi didattici; edizione ultima Conrat (il quale l'attribuisce però ad un contemporaneo di Irnerio). — 8. Due trattati sul processo e formole processuali secondo Giuliano, composti nelle vicinanze di Milano e di Pavia (4). — 9. Il *Brachylogus iuris* o *Corpus legum* oppure *Summa novellarum constitutionum Justin. imp.*, in quattro libri, secondo il sistema delle Istituzioni, con riferimenti al *Dig.* e *Cod.*, al Breviario e ai classici; ed. Boecking. È il monumento giuridico più importante di questa letteratura, tanto che lo si è ritenuto opera di Irnerio (Savigny, Bethmann-Hollweg, II, 326, Nani, *Archiv o giurid.*, XXV, 182), o di un glossatore del sec. XII (Conrat). Ma esso è più antico, e deve essere stato scritto fra il sec. XI-XII. Prima si riteneva che appartenesse alla scuola di Ravenna (Ficker, Fitting), ma ora gli stessi scrittori l'attribuiscono a quella di Orléans, desumen-

(1) *Accad. di Torino*, 1885, s. 2, t. XXXVII. Fitting, *Z. f. R. G.*, XX, la fa derivare da un lavoro anteriore al sec. IX. Conrat la riporta al tempo dei Glossatori.

(2) Questa e la precedente sono inedite; le cita Maassen, *Gesch. d. Quellen d. canon. Rechts*, 888, 896. Vi è anche pel clero una *Summa legum* fatta a Parigi nel 1170 ed. Schulte, *Wien. Ak.*, LVII, LXIII, 1868 e 1870, Gross, 1870. Anche nella raccolta di canoni di Ivone di Chartres. trovansi estratti dal *Dig.* e dalle Istit. Conrat, *Pandekten u. Institutionenauszug der brittischen Decretalsamml.*, 1887.

(3) Che non sia opera originale lo dimostrò Stintzing, 72; Ficker, *Ueber die Entstehungsverhältnisse der Except. L. R.*, 1886; Fitting, *Z. f. R. G.*, VII, 27. L'opera madre non può essere posteriore al 1068, perchè in quest'epoca era adoperata nella compilazione degli *Usatici* di Barcellona. Ficker, *Ueber die Usat. Barchinoniae u. deren Zusammenhang mit d. Except.*, 1886.

(4) Stintzing, 114-118, e *Z. f. R. G.*, V, 1866, 321-340, li mette fra il 537-567; Mommsen, id., VI, 82-89, e Jaffé, id., VI, 90, al sec. XI o XII; Fitting, alla scuola di Roma, nell'ultimo terzo del sec. X.

dolo da certe glosse, in cui parlasi di luoghi di Francia. Ma è più probabile che le glosse siano state scritte in diversi luoghi, non esclusa la Francia, e forse in diversi tempi (Chiapelli) e che il testo sia italiano, poi importato in Francia, come avvenne per altri lavori giuridici di questo tempo (1). — 10. L'*Expositio terminorum usilaciorum juris utriusque*, ed. Fitting; compilazione di compilazioni e di glossarii (anteriore al sec. XI). — 11. *Libellus de verbis legalibus*, ed. Fitting. — 12. *Compendium iuris*, ed. Fitting, importante per conoscere il diritto in Italia, al tempo dell'introduzione della legislazione giustinianea, notevole per la tecnica, concisione e chiarezza delle definizioni. — 13. *De natura actionum*, *De actionibus*, *Summae cuiusdam institutionum exordium*, *De iustitia*, ed. Fitting. — 14. Le finte costituzioni di Giustiniano, i frammenti di Bamberga e di Praga (sec. IX all'XI), ed. Fitting: e altri minori.

Tolte alcune eccezioni, la maggior parte di questi lavori sono informi compilazioni di seconda mano; pochi (i nn. 9, 11 e 12) sono condotti sulle fonti giustinianee e anche antigiustinianee, che furono ignote ai glossatori (il che nega recisamente Conrat). Alcuni mostrano di non essere veri trattati giuridici, ma parti di enciclopedie, elenchi di definizioni in parte copiate dai glossarii (come da Isidoro di Sivilia e da Papia) (2). Nessuno però, eccetto il *Brachylogus*, merita la qualifica di magistrale, preferibile ai lavori dei glossatori (come vuole Fitting); sono chiari, concisi, parchi nelle citazioni, si limitano il più spesso a definizioni, ma ciò non dipende dal fatto che in essi prevalgano i metodi scolastici dell'epoca giustinianea, ma dal carattere rudimentale che ebbe nel primo medio evo lo studio del diritto romano, dall'imperfetta o parziale conoscenza di tutte le fonti (generalmente era in uso allora solo il *Dig. vetus:* Chiapelli), e infine dal fatto che questa letteratura e questa scienza prebolognese avevano di preferenza uno scopo pratico e professionale. Nè la forma sistematica, nè le particolarità dialettiche, che del resto non sono caratteristiche loro, ma comuni con altri lavori posteriori, rendono questi lavori preferibili agli analogi dei glossatori.

55. Da queste scuole e da questi lavori risulta certa l'esistenza

---

(1) Ficker, *Ueber die Zeit. u. Ort. d. Brachyl.*, 1871; Fitting, *Die Turin. Glosse*, ecc., 1870, stettero per Ravenna; poi Fitting, nello scritto *Ueber die Heimat u. Alter d. Brach.*, 1880, e *Z. f. R. G.*, XVIII, l'attribuì ad Orléans. Le Glosse sono edite da Salvioli, *Die Vatican. Glosse zum Brachyl.*, nella *Z. f. R. G.*, XVII. Lo ritengono italiano Schupfer e Chiapelli, *Glossa pistoiese; Studio bologn.*, 116, *Rapporti fra il Liber juris fiorent. e il Brach. Arch. giur.*, XXX, 1883, p. 437 segg. Chiapelli osserva che il *Brach.* non ha i caratteri dei lavori francesi e dista dal metodo della scuola di Orléans, e che dopo il 1000 il dir. rom. decadde in Francia.

(2) Su questi glossarii vedi Salvioli, *L'istruzione pubblica* (cit. p. 73), pag. 116-125.

di una tradizione scolastica e letteraria del diritto romano nel medio evo: e le une e gli altri mostrano come il riconoscimento che i re longobardi avevano fatto di questo diritto, permettendo ai notai di redigere atti secondo esso, e le formole della stilistica romana perpetuate dai notai, e le citazioni di leggi romane fatte da scrittori medioevali, e l'uso di esse nei Tribunali e nelle collezioni canoniche, e le menzioni nelle carte di una *lex romana, lex Theodosiana, lex Justiniani*, non solo in quelle del clero, ma anche dei laici, e l'infiltrazione di principii derivanti dalla giurisprudenza romana nelle leggi germaniche e la redazione di leggi romanizzanti, sebbene private, nel secolo IX e X, e infine il continuo, persistente emergere del giure romano, in ogni momento della vita medioevale, non erano il risultato di una consuetudine inconsciente e vaga, nè dovuti a un sentimento di venerazione per quel grande passato, nè si basavano solo sopra un fondo di generalità, ma si accompagnavano a uno studio del diritto romano, dove sulle fonti, dove sopra manuali, quando più, quando meno approfondito secondo il valore degli insegnanti. Nè morte, nè letargo, nè dissuetudine pel diritto romano nel primo medio evo, non vi è dunque stata nell'Italia Superiore, come non vi fu nell'Inferiore; anzi improbabile non è che buona parte della società italiana anche prima del mille, abbia vissuto secondo un diritto romano volgare; giacchè i Romani rimasti liberi sotto i Longobardi e non spogliati del loro diritto come legge fra di loro, erano sempre la maggioranza della popolazione, tanto nel VII sec., come nel X (v. pag. 47). E questa lor legge invece di scomparire, sopraffece il diritto dei vincitori, tanto da modificarlo e da confonderlo quasi come un elemento di second'ordine, in quel *gius* consuetudinario che fu la norma degli Italiani nella società feudale. La base di questo *gius* è romana, e lo provano i libri che lo contengono (§ 41). Gli stessi dottori pavesi, che avrebbero dovuto mantenere la purità del diritto longobardo, finirono per riconoscere questo stato di cose, questa realtà delle condizioni giuridiche italiane, proclamando il *gius* romano diritto generale, comune, sussidiario. Il che non toglie però che in alcuni luoghi agli Editti longobardi si desse completa efficacia territoriale. Si aggiunga a spiegar tale persistenza l'azione della chiesa che si era mantenuta ligia al diritto giustinianeo e il fatto che i canoni ne supponevano e imponevano la conoscenza.

Nell' Italia meridionale poi, specialmente nelle provincie non soggette a Germani ed anche nelle altre, oltre lo studio del diritto giustinianeo (Perla, Schupfer, Fitting; contro Brandileone), anche la scienza bizantina fu nota (Lamantia) e l'attestano i manoscritti apuli di diritto bizantino (Brandileone *Rendic., Lincei*, 1885), la diffusione dell'Egloga isaurica in Sicilia e nel continente;

le frequenti menzioni nelle carte di una *lex o consuetudo romanorum* che era il diritto giustinianeo e il diritto romano-greco.

Ma se non vi fu morte, nemmeno fuvvi pienezza ed esuberanza di vita, quale invece manifestossi improvvisa alla fine nel sec. XI col sorgere dello studio bolognese. Quali le cause? Molte e complesse. Forse anco a questo risorgere non deve essere stata del tutto estranea la buona condizione del diritto romano nell' Italia meridionale. La leggenda che attribuisce il rifiorire degli studi romanistici a un esemplare delle *Pandette* ritrovato ad Amalfi o a Molfetta nelle Puglie (1), leggenda antica perchè risale al secolo XIII (Hartwig), senza essere nel fondo vera, indica la parte avuta dalle provincie greche nel risorgimento del giure romano a Bologna e forse la via per la quale le *Pandette* in uso nell'Italia meridionale si sarebbero fatto largo nel vero testo fra i *magistri* e i *doctores iuris* delle città settentrionali (Zachariae v. Lingenthal, Pernice) (2). Avviene spesso che ciò che si possiede e pochi conoscono direttamente e per teoria, acquista pregio se viene o pare che venga dal di fuori e se si presenta ai più come una novità; e questa sempre attrae e suscita interesse. Circostanze esteriori e di piccol momento spesso servono a determinare fatti che per sè erano preparati e maturi e dar loro straordinario sviluppo. Forse qualche giurista o manoscritto venne dal mezzogiorno a Bologna e vi risollevò quegli studi che trovarono in Irnerio un grande interprete. Questa sarebbe stata la spinta occasionale, perchè le cause che produssero la scuola di Bologna, ripetiamo, sono molte e complesse e di antica data.

CAPO XV.

LA SCUOLA DI BOLOGNA E I GLOSSATORI (*).

56. Alla fine del sec. XI, la scuola di Ravenna decadde, e prese il suo posto la scuola di Bologna, la quale per il nuovo indirizzo

(*) **Bibliografia.** — Savigny, I e II; Sarti, *De claris archigymn. Bonon. profes. a saec. XI-XIV*, 1769, ediz. Albicini, 1888; Chiapelli, *Studio bol. nelle sue origini e ne' suoi rapporti colla scienza preirneriana*, 1888; Ricci, *Primordi dello studio di Bologna*, 1887; Fitting, *Die Anfänge der Rechtschule in Bologna*, 1888; Tamassia, *Bologna e le scuole imper. di dir. Arch. giur.*, XL, 1888; Cassani, *Dell'antico studio di Bologna e sua origine*, 1888, 95-159, 210-231;

(1) Così De Luca di Melpignano, *Le Pand. pisane tolte a Molfetta nel 1137*, Bari, 1888. L'equivoco nato per la somiglianza dei due nomi in latino era stato già notato da Brencmann, Grandi, Tanucci.

(2) La scoperta delle Pand. ad Amalfi è sostenuta da Grandi, Troya, Sclopis; la nega Savigny. Irnerio era morto quando furono scoperte secondo la tradizione. Pernice, *Z. f. R. G.*, XIX, I, 300.

scientifico che impresse agli studi romanistici, giunse a straordinaria fama e importanza. Probabilmente essa era coeva alla ravennate, e pare che Bologna accanto alla scuola delle arti liberali, cura degli antichi comuni italiani, avesse *magistri* e *doctores legum* che spiegavano il diritto romano; de' loro studi e di loro opinioni si ha qualche traccia diligentemente raccolta (Chiapelli); essi avrebbero preparato il risorgimento vero e proprio del diritto romano. Le leggende, sorte nel sec. XIII a Bologna e accolte dai giureconsulti di quella scuola, che lo studio fosse sorto nel 433 per una costituzione di Teodosio o per opera di Carlo M. o per influenza della contessa Matilde, mostrano concordemente come fin d'allora si sentisse e si sapesse che lo studio aveva un'antica origine e vetuste tradizioni. Ma quale sia stato il punto di partenza non è nè sarà possibile precisare, giacchè queste scuole non sono nate per atto di autorità, ma spontaneamente e si sono formate e svolte in modo inavvertito dai contemporanei. Probabilmente anche cause politiche, religiose e sociali, e altre circostanze singolari, non furono estranee a fare di Bologna un centro di studii giuridici. Per es., la questione delle investiture nella quale il giure romano fu posto in aperto contrasto col canonico e fornì le armi agli imperialisti contro il papa, prese a Bologna aspetto tutto particolare e quivi concentrò il campo di sua discussione scientifica (Cassani, Chiapelli). Fu a Bologna che una schiera di *legis periti*, gli uni capitanati da Irnerio, gli altri dal bolognese Lamberti di Fagnano, scesero in lizza a difendere i diritti imperiali i primi, quelli della chiesa i secondi; e fu a Bologna che si incontrarono le due correnti della scienza giuridica, la romanistica con Irnerio, la canonica con Graziano. Anche la sua posizione geografica così centrale e la varietà degli elementi etnici che la popolavano, favorivano Bologna come sede del risorgimento del giure romano. La sua popolazione lombarda seguiva con interesse il movimento scientifico e letterario della scuola pavese, e quella di origine romana si occupava degli studii della scuola ravennate: ne è prova il fatto che anche in seguito il diritto longobardo era coltivato a Bologna accanto al romano ed esaminate erano dai glossatori le opinioni dei *doctores lombardi*, dei *domini papienses* (Chiapelli).

57. Degli *antiqui doctores* bolognesi anteriori a Irnerio e di questi loro rapporti coi giuristi pavesi e ravennati poco si sa. Si

---

Del-Vecchio, *Arch. stor. it.*, s. V, t. II, 1888; Rivier, *L'univers. de Bolog. Nouv. Rev. hist.*, XII, 289 segg.; Schupfer, *Le origini dell'Università di Bologna*, Accad. dei Lincei, 1889: *Riv. stor. ital.*, 1889; Albicini negli *Atti e mem. d. Deput. di storia patr. di Roma*, VI, 1888; Denifle, *Die Universitäten des Mittelalters*, 1885; Pertile, § 60 e 61; Flauti, *Mem. intorno ad alcuni giur. del sec. XIII*, 1833.

ricorda un Pepone (1076), ma degli altri si è perduto fino il nome: ma anche essi sono gli anelli di quella catena che comincia colle scuole imperiali, si svolge a Roma e Ravenna, senza interruzione con egual spirito e tradizione, fino allo studio di Bologna, « dove le forze sparse si raccolsero, e cominciarono ad operare con unità di indirizzo » (Nani). Il primo di questi giureconsulti a venire in fama e ad illustrare la scuola fu Irnerio bolognese (1085-1125), *magister in artibus*, datosi allo studio e all'insegnamento del diritto, dicesi, per instigazione della contessa Matilde; ma in vero egli fu partigiano dell'impero. Inaugurò il periodo delle grandi glosse interpretative, non solo grammaticali e lessicali e delle discussioni dottrinali. A lui devonsi i compendi delle *Novellae*, cioè le cosidette *Authenticae;* meritò il nome di *lucerna iuris*. Ebbe scuolari non conosciuti e continuatori in Bulgaro *os aureum* († 1166), Martino Gosia *copia legum* († 1166 circa), Jacobo († 1178), Ugo da Porta Ravegnana *mens legum* († 1171) che per antonomasia sono chiamati i quattro dottori. Bulgaro e Martino ebbero maggior reputazione e fondarono due scuole: i Bulgariani e i Gosiani. Bulgaro si distingueva per osservanza alla parola del testo senza preoccupazione della morale; Martino preferiva l'*aequitas* alle dottrine dei giuristi di Roma (1).

Questi insegnanti fondarono la reputazione dello studio di Bologna nel sec. XII: la superiorità dell'insegnamento e la tendenza positiva, il carattere teoretico, lo studio diretto e rigoroso delle fonti, l'intento di voler ristaurare il diritto romano nella sua purità risuonarono presto in tutta Italia e anche oltre Alpe; si diceva che solo a Bologna si studiava il diritto, e questa città fu detta la *dotta*. Agli insegnanti si rivolgevano gli imperatori nelle questioni di diritto pubblico, come a *conditores iuris;* furono i quattro dottori che dettarono la costituzione di Roncaglia (1158), definirono le regalie, e formularono l'autentica *Habita*, con cui Federico I accordava protezione e foro speciale agli scolari « qui causa studiorum peregrinantur » e ai professori. Gli scolari poi chiamati da sifatti privilegi e dalla fama degli insegnanti affluivano a Bologna dall'Italia e dall'estero a migliaia.

Dopo i quattro dottori seguono: Rogerio (1162) scarso di originalità; e i suoi contemporanei Alberico, Aldrico, Guglielmo da

(1) Gosiani furono: Placentino, Alberico, Pillio; Bulgariani: Bassiano, Bagarotto, Azone. Su queste sette v. Brunquellus, Opusc. I, n. 8. Su Irnerio v. Del Vecchio, *Di Irn. e della sua scuola*, 1869; Chiapelli, *Le glosse di Irn. e d. sua scuola, Accad. Lincei*, 1886; Pescatore, *Die Glossen d. Irnerius*, 1888; Fitting, 89-103; *Sugli errori di Irnerio*, vedi Wissembechius e Rittershusius. Il Palmieri (v. n. pag. 97) vuole che a Irnerio spetti il *Formularium tabellionum* da lui pubblicato.

Cabriano; e poi Giovanni Bastiano Placentino fondatore della scuola di Montpellier (1192), Burgundio (✝ 1194) a cui dovesi la traduzione dei testi greci del *Dig.*, e Azone (✝ 1230). Questi tre ultimi segnano il maggior punto di splendore di questo tempo: Placentino è sottile, logico, dialettico, pensatore, spesso amante delle astrazioni. Di Azone è celebre la casistica ricca, la esposizione piena e chiara, la costruzione completa delle diverse dottrine perfino nelle particolarità. La sua *Summa* e le sue *Lecturae in Cod.* furono più studiate degli stessi libri giustinianei, onde venne il motto: *chi non ha Azzo, non vadi a palazzo*; e a Verona e a Mantova non poteva essere giudice chi non possedeva oltre il *Cod.*, il *Dig. vet.* e le *Ist.*, anche le opere di Azone. Contemporanei di questi tre furono Cipriano, Ottone, Vacario (che andò ad insegnare il diritto romano in Inghilterra); Gratia Aretino (✝ 1236); Tancredi Bagarotto, Carlo di Tocco, e sopratutti Pillio (✝ 1207); ed Ugolino (✝ 1233) celebre per la sua raccolta di controversie (1).

Il lavoro dei glossatori consiste principalmente nelle *glosse* ossia in brevi commenti ad un passo, a una frase, più sul contenuto che sulla forma, che non si possono comprendere separati dal passo stesso, e che servono sia a chiarirne il senso sia a indicare la connessione degli istituti coi principii generali. Prima furono interlineari poi marginali. Composero anche trattati esegetici, come *Lecturae* (*ordinariae* se sopra il *Liber ordinarius*, come il *Dig.* e il *Cod.*: *extraordinariae* se sulle altre parti del *Corpus iur.*), *Apparatus* che comprendevano tutte le illustrazioni fatte nella scuola (come Ugolino e Azone), *Casus* o raccolte casistiche, *Brocarda* o *Generalia* raccolte di principii tratti dall'interpretazione (come Pillio e Azone), *Summae* o compendii (come Placentino, Azone, Pillio), delle monografie sistematiche sopra singole dottrine e specie sul processo (Placentino, *De varietate actionum;* Bassianus, *Arbor actionum*; Tancredi, Gratia (1243); Pillio, Bonaguida, Roffredo, ecc., *Ordines iudiciarii*), delle *Quaestiones*, o *Dissensiones dominorum* (ed. Haenel, 1834), dei *Consilia*, ecc.

---

(1) Sulla recente letteratura dei glossatori, Conrat, *Florentin. Rechtsbuch*, 1882, v. Wenk, *Magister Vacarius*, 1820; Landsberg, *Questiones des Azo*, 1888; Cogliolo, *Glosse preaccursiane*, *Bollet. d. Istituto storico ital.*, 1888; *Biblioth. iuridica medii aevi*, ed. Gaudentius I, *Scripta inedita antiq. glossat.*, ed. Palmerius, 1888; Pescatore, *Beiträge zur mittelalt. Rechtsgesch.*, 1889; Pescatore e d'Ablaing, *Z. f. R. G.*, XXII, 1888. Raccolte interessanti sono pel procedimento laico e canonico: Wunderlich, *Anecdota quae processum civilem spectant* (Bulgari, Damasi, Bonaguidae), 1841; *Pilii*, *Tancredi*, *Gratiae libri de ordine judic.*, ediz. Bergmann, 1842. Altri *ordines judic.* sono stati pubblicati da Rockinger, 1855, Gross, 1870, Reatz, Tamassia, Haenel, 1838 (Ulpianus de edendo). — Cfr. Kunstmann, *Ueber d. altesten ordo iudic.*

Proposito di essi non fu di innovare, ma esclusivamente e sempre interpretare il diritto delle *Pandette*, riprodurlo, mai scostarsi dallo spirito delle fonti e nello stesso tempo di fissare il testo per la loro *recensio bononiensis* coll' aiuto del manoscritto fiorentino delle *Pandette*, chiamato *pisana* o *florentina* e probabilmente di un altro più antico (Mommsen, *praef. in Dig.* LXVIII). Quindi rinunziarono volontieri alle loro personalità davanti alla parola della legge di cui accettavano completamente l' autorità come facevano gli scolastici con Aristotile; e in essa tutto trovavano, perfino la conoscenza delle leggi divine. Per fortuna però questa tendenza non durò sempre e i seguenti giuristi favorirono l'adattamento del diritto romano alle condizioni del tempo. Tuttavia anche questa sua grande autorità fu vantaggiosa perchè obbligò i giuristi di approfondirlo e di fissarlo pria che altri elementi estranei lo modificassero. Nè solo per la venerazione al principio dell'autorità i glossatori si risentono della scolastica dominante nel pensiero di quel tempo, ma ancora per la forma e l'esposizione, per l'ignoranza della storia, della filosofia, per l'assenza di critica e di senso storico; onde l'abbondanza di ingenuità, di anacronismi, di equivoci, di false interpretazioni; i quali difetti hanno però spesso giovato ai glossatori per trovare con intuizione ciò che vi è di giusto nelle dottrine romane e per analizzare i principii con istraordinaria sottilità. Come i giuristi romani, difettarono di principii generali, nè si alimentarono nella pratica dei giudizii; ma si fecero avanti come riformatori fatti sui libri e dottrinari. Profondi conoscitori del *Corpus iuris*, e con una perfezione incredibile da citare i testi colla prima parola, non solo staccarono la giurisprudenza dalle altre scienze ma ancora dalla vita reale, le diedero valore di scienza a sè, volti unicamente all'interpretazione dei testi; da ciò il fatto che l' esegesi fu la loro principale forma letteraria. Per essi il diritto giustinianeo era il *diritto*, quello che deve sempre essere seguito, senza preoccupazione che i tribunali e gli statuti consacrino altre leggi. Queste ignoravano e rigettavano: solo conoscevano ed ammettevano il puro diritto romano giustinianeo a cui, secondo loro, la pratica dovevasi adattare: non quello a questa. In conseguenza la loro influenza pratica non fu che indiretta e dovuta all'azione dei loro scolari che divenuti giudici, avvocati o legislatori, diedero corpo e applicazione alle teorie delle scuole nei tribunali e negli statuti, e seppero sfuggire al pericolo di rendere lo studio un giuoco e un passatempo, svolgendolo in un campo non reale. Anzi nelle mani di questi giudici il diritto romano non fu un assieme di regole e definizioni senza vita, ma corpo animato di sana casistica, perfetto, completo ed armonico.

58. (*) Ma la venerazione per l'autorità che fu distintivo della scuola dei glossatori e le conseguenti tendenze conservative che da essa bandirono ogni iniziativa, l'arrestarono e ne dichiararono il decadimento. Le glosse dei *veteres auctores* sembrarono l'ultima parola della scienza. Il rappresentante più caratteristico di questo periodo è Accursio Francesco (1182-1260), fiorentino, professore e podestà a Bologna che raccolse tutte le glosse da Irnerio in avanti nella *Glossa ordinaria* o *magistralis* al *Corpus iuris*. Nessuna opera ha avuto come questa sì grande successo (dovuto in gran parte alla rarità dei libri di cui essa, rendendo inutile il consultarli non fece più sentire il difetto), e niuna ha esercitato tanta influenza nella storia dei dogmi: fu ritenuta valere più del testo stesso, doversi spiegare a preferenza di questo; in tal guisa che quello che non era stato commentato dalla glossa, come le costituzioni scritte in greco (*græcum est non legitur*) e altre parti, specie nel Cod., non furono accettate nella pratica, nè potevansi citare nei tribunali, fino al secolo XVI: dal che originò l'aforisma « *Quod non agnoscit glossa non agnoscit forum* ». Il lavoro di Accursio fu in parte di compilazione, in parte originale: delle antiche glosse fece una scelta, tralasciò le cattive e le insignificanti, scemò le contradditorie, aggruppò le migliori in forma chiara e precisa, e senza violare il pensiero degli autori impresse a tutto l'apparato un carattere personale: molte ne aggiunse di proprie e de' suoi figli, le quali rappresentano poi la soluzione di controversie che si agitavano fra le scuole. Quelle del figlio Cervotto ebbero, per la loro stupidità, il titolo di *cervine*. Tuttavia, malgrado questo lavoro, la Glossa restò sempre un gran centone di opinioni e presentò molte contraddizioni, dovute forse non a inconstanza o difetto di memoria, ma al fatto che riportando le opinioni Accursio notava gli autori solo per l'iniziale del nome e per non essere questa stata trascritta dai copisti, le opinioni contradditorie dei glossatori apparvero quale opera di Accursio.

La glossa accursiana ebbe denigratori (Rabelais, Cuiaccio, i giuristi del secolo XVI, Savigny) e laudatori entusiasti che ne vantarono l'acutezza, la profondità, l'imparzialità. Si disse che essa

---

(*) **Bibliografia.** — Sui glossatori e la Glossa v. Savigny, II, 349 segg.; Stintzing, *Gesch. d. deutschen Rechtswissensch.*, I, 88-102; Landsberg, *Glos. d. Accurs.*, 23-52, 52-81. Su alcune importanti dottrine della Glossa vedi Gierke, III, 186-350 (sulle teorie politiche e sui rapporti fra papa e imperatore); Seuffert, *Obligatorische Verträge*, 1882; Karsten, *Die Lehre v. Verträgen*, 1881. Su alcuni nuovi principii introdotti da Accursio vedi Landsberg, o. c. Conrat, CCXXVIII, id. *Florent. Rechtsbuch*, p. 76; Bethmann-Hollweg, III, 74. — Sanguinetti, *Accursio, Cenni storico-biogr.*, 1882; Landsberg, *Ueber die Entst. des Quod non agnoscit*, ecc., 1879.

ci fece perdere una quantità di piccole glosse, ma dai codici che contengono glosse preaccursiane, possiamo indurre che da questo ostracismo la scienza nulla ha perduto, e che la scelta fatta da Accursio fu la migliore che potesse farsi: si è detto che la sua Glossa fosse la causa diretta della decadenza degli studii romanistici, il che non è interamente vero, perchè anche il prevalere degli interessi pratici e professionali, l'abuso della scolastica, la maniera arida della trattazione, lo studio di sacrificare ogni ombra di originalità per inserire le opinioni altrui e accumulare citazioni e accedere al partito che più ne contava, tolsero alla giurisprudenza del secolo XIII ogni molla di progresso scientifico. Queste cause e l'altra gravissima di sostituire allo studio delle fonti quello della Glossa, di prender questa a pietra di paragone e giudice nelle controversie, portarono lo studio del diritto dopo tale, quasi subitaneo fiorire, a vero avvizzimento. E così si chiuse il XIII secolo e si aprì il XIV.

59. Il declinare della scuola dei glossatori avvenne nella 2ª metà del secolo XIII. Molti nomi, ma produzioni scarse, prolisse, insipide, che hanno bensì una maggiore tendenza teoretica, ma che per la forma assunta sono eccessivamente grette e pedestri. Questa forma fu quella dei *casus* ossia di fattispecie acconciate a un testo romano e che furono anche la mania e il malanno dei giuristi seguenti: i *casus* furono inseriti nella Glossa, ma non ottennero l'autorità di essa e meno poi delle glosse irneriane. Tuttavia anche questo periodo conta giureconsulti che giunsero a grande riputazione e le cui opere hanno grande importanza nella storia del diritto:

Odofredo († 1265) i cui commentarii al *Corpus iuris* interessano la storia anedottica e letteraria dei glossatori: Guido da Suzarra († 1292), Jacopo di Arena († 1296), Andrea Bonelli da Barletta (de Barulo), lo stesso che commentò la *Lombarda*, di cui è commendevole la chiarezza delle idee e la concisione del dettato (v. § 44). Accanto ad essi stanno giureconsulti che per la prima volta sposarono la teoria alla pratica e contribuirono a preparare il seguente risorgimento: sono quegli autori di trattati processuali come Giovanni de Deo, Bonaguida, Egidio de Fuscarariis († 1289) e sopratutti Guglielmo Durante di Beziers (1237-1296) che studiò a Bologna e insegnò a Modena, autore di un celeberrimo *Speculum iudiciale*, opera colossale, enciclopedica non solo per la procedura, ma per tutto il diritto privato e criminale, civile ed ecclesiastico, e di grandissima influenza sul diritto del suo tempo, opera che a lui conferì il nome di *Speculator*, col quale è comunemente citato, che ebbe commentatori, come il famoso canonista Joannes Andreæ (1346), che fu stampata più di 40 volte, che chiuse la produzione originale sul procedimento, ritenendosi questa materia esaurita da Durante. Le stesse tendenze teorico-pratiche si riscontrano in alcuni scrittori di diritto criminale, come Alberto Gandino (1299) e Giovanni Bolognese (1281), e nel fondatore dell' arte del

notariato Rolandino de Passegeriis († 1300), la cui *Summa artis notariæ* o *Rolandina* fu per parecchi secoli il codice del notariato (1).

60. È opportuno che qui ricordiamo quali erano le fonti del diritto romano che usarono i Glossatori e furono:

1. Il *Digestum* che divisero in tre parti: *Dig. vetus* (lib. I-XXIV, 2), *Infortiatum* (XXIV, 3-XXXVIII), *Novum* (XXXIX-L), partizione anteriore ad Irnerio che alcuni (Scheurl) collegano all'ordinamento degli studii fatti da Giustiniano, altri (Karlowa) alla *deportatio* dei *libri legales* a Bologna; ovvero come altri (Savigny) dicono al modo con cui era ripartito lo studio del *Dig.* nelle scuole dei Glossatori, come se la parte mediana (*Infort.*) venisse a riforzare le altre due: e pare anche provato che di questa parte nel medio evo si fece uso più scarso in confronto delle altre (2). Il *Dig.* era citato colla sigla *ff* che deriva da una *d* attraversato da una lineetta. Esso fu noto ai Glossatori per mezzo di alcuni manoscritti (*litera vetus*) a noi non pervenuti e indipendenti dal ms. pisano o fiorentino, i quali servirono a formare un testo corretto, lavoro della critica e dell'esegesi, detto *vulgata* o *litera bononiensis*, la quale spesso si scosta dalla lectio florentina (3). — 2. Il *Codex* che comprendeva solo i primi 9 libri; gli altri 3 assieme alle Istituzioni, all'*Authenticum* (in 9 collazioni), ai *Lib. feud.* (v. § 40) e ad alcune leggi imperiali (*decima collatio*) formavano il *Volumen* o *Volumen parvum*. — 3. Le *Novelle* furon note nella traduzione latina fatta in epoche diverse e nella compilazione *Epitome Juliani* (ed. Haenel, 1873) molto diffusa nel medio evo coi nomi *Lex romana*, *Liber novellarum*. Quando Irnerio le conobbe nel loro testo, mentre prima non le conosceva che epitomate, le chiamò *Authenticum*. Ricordiamo ancora che per opera dei Glossatori entrarono nel *Cod.* alcune fonti di estranea origine dette *Authenticae Irnerii et Fridericianae* e che sono brevi estratti dalle Novelle e dalle Costituzioni dei due Federici I e II, riportati ad alcuni luoghi del Codice in via di correzione o di complemento (4).

---

(1) L'*ars notariæ*, era distinta dall'*ars dictandi*, o arte di comporre, che i notai italiani generalmente insegnarono. Parecchi notai furono, nei primi secoli di nostra letteratura, poeti e letterati (Brunetto Latini, Coluccio Salutati su cui v. Novati, 1888, ecc.). Sul notariato oltre le op. cit. a § 38, v. Rockinger, *Briefsteller u. Formelbücher d. XI-XIV Iahrh.* nelle *Quellen z. bayr. u. deut. Gesch. XI*, 1863; Rosshirt, *Dogmengesch. d. Civilrechts*, 1853, p. 498 segg.; Karlowa, 1028.

(2) Scheurl, *Z. f. R. G.*, XII, 143. Contro Krüger, *Gesch. u. Quellen d. Röm. Rechts*, 1888, p. 372; Savigny, I, 670 segg.

(3) Sul ms. pisano Brencmann, *Hist. Pandect.*, 1722, c. 8; Guadagni, *De flor. pandect. exemplari*, 1752; Dal Borgo, *Dissert. sopra i Cod. pisani*, 1764; Bonamici, *Giurecons. di Pisa e uso che si fece a Bologna del ms. pisano*, 1888, p. 41 segg.; Mommsen, prefaz. alla sua Ediz. del Dig.; Bandini, *Ragion. sulle collazioni delle Pandette*, 1762. — Sulla questione di una terza *litera* prebolognese diversa dalla fiorentina, v. Puchta, § 145; Fitting, *Jurist. Schriften*, 207-214; Mommsen, o. c., LXII che la ammettono; e Conrat, *Epitome*, XLI-XLVI, che la nega.

(4) Biener, *Hist. Authenticarum*, 1807; *Gesch. d. Novellen*, 1824.

CAPO XVI.

I POSTGLOSSATORI (SEC. XIV E XV).

61. Col XIV si apre una nuova epoca di risorgimento e di progresso, detta dei postglossatori o commentatori, distinta da quella dei glossatori per il diverso indirizzo e metodo scientifico e pel nuovo genere dei lavori. Senza scostarsi dal sistema dell'interpretazione analitica e senza tentare ancora, regolarmente e di preferenza, la sintesi sistematica per la quale non erano ancora maturi, i giuristi di questo periodo fecero un passo in avanti abbandonando la tendenza esclusivamente teoretica dei glossatori e accostandosi invece alla pratica, come avevano fatto i processualisti (§ 57 e 59), nel senso di congiungere lo studio del diritto romano con quello del canonico, statutario e feudale. Essi lavorarono inconsciamente ma potentemente a italianizzare il diritto romano, spogliandolo cioè di quanto aveva di incompatibile colla civiltà e le istituzioni pubbliche e private del loro tempo, adattandolo alle nuove condizioni, e adoperandolo esclusivamente come base delle costruzioni giuridiche per la loro società e trama su cui intessevano il nuovo diritto italico. I glossatori avevano preparato, collo studio approfondito delle fonti, la via a quest'adattamento, avevano reso comune e sicura la tecnica, il che fu ai commentatori di grande giovamento per fare passare non poche tendenziose interpretazioni (1). I primi giuristi del sec. XIV (Cino, Bartolo, Baldo) ripresero fino a un certo punto le buone tradizioni dei glossatori di non studiare che le fonti e si tennero, per quanto lo permettevano i tempi, lontani dalle esagerazioni del metodo scolastico; specialmente Cino e Bartolo si mostrarono liberi dalle tradizionali ristrettezze di idee delle scuole contemporanee e della Glossa, usarono della dialettica per sviscerare l'argomento, non per ottenebrarlo, ravvivarono l'esegesi giuridica con nuovi e originali concetti desunti dall'esperienza, e la ravvicinarono alla pratica dei tribunali e al diritto statutario a cui volentieri ricorrevano. Ma le buone tradizioni da essi fondate si perdettero presto nei discepoli i quali introdussero nelle interpretazioni delle leggi romane lo spirito, i metodi e le forme della scolastica, e dopo Baldo anche della dialettica, misero in onore il metodo analitico che operava con questioni e distinzioni e suddivisioni innumerevoli sviluppate con grande prolis-

---

(1) Salvioli, *Il metodo storico* (cit. a § 2); Ihering, *Esprit du droit rom.*, II, § 44; Fitting, *Das castrense peculium*, 549; Stintzing, *Gesch. d. deut. RW.*, I, 112.

sità, e mutarono i forti studi con sottigliezze arabo-aristoteliche, con logomachie bizantine, con indovinelli, coi casi imbrogliati o *insolubilia*, facendo in tutto ciò una buona parte al sofisma.

Il loro principale vizio, che spunta già negli ultimi Glossatori e nella Glossa, originava dal contemplare isolatamente i vocaboli della legge e interpretare il senso suo materiale o letterale; il che condusse al cavillo e alla rigida formalità. Il metodo letterale impegna il giurista a cercare sottilmente le somiglianze e le differenze fra il caso reale e quello della legge, onde mostrare quello compreso od escluso in questa. Donde quelle questioni intralciate, sottili e strane e i casi incidenti immaginari o quasi impossibili, che ingombrano il trattato, e oscurano la sostanza e i principii; donde le risoluzioni portate al paradosso per la voglia di colpire colla novità e imporre coll'ingegno, donde le sottigliezze e i cavilli che contorcono le leggi dal senso nativo. Inoltre limitandosi alla interpretazione dei testi, divagando nei casi e nelle chiose, raramente diedero dottrine compiute, concatenate, dedotte da solidi principii. Il metodo di questi giuristi che furono detti *Bartolisti* (ma a torto perchè del maestro non esagerarono che i difetti scolastici in lui appena accennati) è riassunto nel seguente distico: « Praemitto, scindo, summo causamque figuro Perlego, do causas, connoto et objicio » (Gribaldus Mopha); e coll'esercizio metodico di questi istrumenti dialettici accompagnati da un numero infinito di autorità e di citazioni invocate il più delle volte senza ragione, tanto per il pro quanto per il contra, si direbbe che ponessero vero studio di gettare il dubbio e la confusione nel pensiero. Quanto più ci si scosta da Bartolo e dai giuristi del sec. XIV e più ci si avvicina alla fine del secolo XV, cresce il decadimento; ossia la scienza giuridica si allontana dallo studio delle fonti, si trincera dietro le autorità, rinunziando ad ogni indipendenza ed originalità e si avvolge negli oscuri labirinti della scolastica. Non si indagò più, nè si pensò, ma si giurò su Bartolo e sulla *communis opinio*, come prima si era giurato sulla Glossa. E per la rarità dei libri spesso citavasi di seconda mano, copiando errori ed equivoci, e si preferiva che invece di poche cose e vere, ogni opera contenesse tutto ciò che si era detto sull'argomento, sì malamente poi citando da rendere impossibile il controllo, o da lasciar dubbio il lettore sull'autore citato. Con essi la scienza divenne non più una serie di raziocinii, ma di sentenze tolte dai *Monarchi* e dalle *Lucerne del diritto;* pessima tendenza da cui non si liberarono il XVI e XVII secolo. Sembrava onore che il pensiero fosse incatenato dietro le maggioranze delle opinioni e vanto seguire il partito che era appoggiato da maggior numero di autorità. D'allora la tradizione e i *verba magistri* formarono una barriera che separava dalle fonti

e toglieva lo slancio alla libera indagine. Fu dietro questa barriera che si formò il *mos italicus*.

È giusto però notare che quei *scribentes, consiliatores, commentatores* erano pratici, vivevano per la disputa, e tali si mantennero anche nel comporre i rigonfi commentarii nei quali portarono i difetti acquistati nell'esercizio forense: come è giusto aggiungere che questi vizii non sono proprii a tutti, nè a tutti è bene applicato il giudizio datone da Cuiaccio: « Inani sermone imprudentiae utuntur; sunt verbosi et prolissi in re futili, in difficili muti, in angustia diffusi ». Anche sotto il periodo aspro, tortuoso, inelegante, ad ogni inciso, ad ogni parola rotto da una selva di citazioni che fanno deviare il pensiero dal soggetto principale, anche fra le barbarie dello stile e della lingua (« de verborum forma modicum cura » consigliava Baldo, 263) e gli errori storici e filologici (Tiber da Tiberius, Etna da Etnicus, Bartolo) molti dei così detti bartolisti arrecarono agli studi legali grandi vantaggi coi loro lumi sparsi sulle varie materie del diritto e nei loro scritti si contengono importanti elementi per la storia dei dogmi giuridici.

62 (*). I principali giuristi italiani di questo tempo, per lo più professori, quasi tutti pratici, molti grandi funzionarii civili od ecclesiastici sono:

Della prima maniera, la buona: Cino da Pistoia (1270-1336) poeta e giurista eminente, fautore dei diritti dell'impero, autore di letture sul *Cod.* e *Dig.* Giovanni di Andrea (1270-1348) canonista e processualista. Alberico da Rosciate bergamasco († 1354) aut. di commenti al *Corpus iuris*, di un *Dictionarium iuris* e di un *Opus statutorum* molto im-

---

(*) **Bibliografia.** — Savigny, II. Sulle edizioni delle opere di questi e seguenti giuristi v. Fontana, *Amphiteatr. legale*, vol. 5, 1688-94: Lipenius, *Bibl. realis jurid.*, 1775-89: Struvius, 1756: Dupin, 1833. Sulle vite di questi e di quelli nominati ai §§ segg. i repertori biografici di Joecher, 1750, i dizionari di Moreri, Bayle, Michaud, Niceron e più specialmente Taisand, 1721, Mantua, 1553, Fichard, 1565, Panciroli, *De claris legum interpretibus*, 1637. Simon, *Bibliot. hist et chronol. des principaux auteurs de droit civil*, 1695: Camus, *Lettres sur la profession d'avocat*, 1818: Jugler, *Beiträge zur jurist. Biographie*, 1773-1780, e le storie letterarie del dir. rom. di Nettelbladt, Haubold, 1809, Hugo, 1812. — Pei processualisti v. Walther, *Literatur des gem. ord. Civil. proc.*, 1865. — E più specialmente Sarti e Fattorini pei giuristi bolognesi; Caporali pei giuristi senesi negli *Studi senesi*, II, 141, 335: Lamantia, I, 685 segg. per quelli dello stato rom.; Giustiniani, *Mem. storiche sugli scrittori legali del regno di Napoli*, 3 vol., 1787; Bonamici, *I giurecons. di Pisa al tempo della scuola bolog.*, 1888; Chiapelli, *Vita e opere giurid. di Cino da Pist.*, 1881; *Le idee polit. di Bart. Arch. giur.*, XXVII, 1881, 387-439; Barnabei, *Bart. e la scienza delle leggi*, 1881; Brandi, *Vita e dottrine di Raineri*, 1885; Severi, *intorno a F. Accolti*, 1835; Gabotto, *Giason del Maino e gli scandali universitari del 400*, 1888; Salvioni, *Su Alberico da Rosc.*, 1842.

portante pel diritto internazionale privato. Bartolo di Sassoferrato (1314-1357) ritenuto il più grande degli interpreti, di fama insuperata « in legibus ut terrestre numen ». Le sue opinioni fecero testo nelle scuole, nei tribunali non solo in Italia ma in Spagna e in Portogallo. Scrisse *lecturae* a tutto il *Corp. iur.*, *Consilia*, *Tractatus de tyrannia*, *de repressaliis*, *de insignis et armis* (notevole anche per la storia delle marche industriali) « *bannitorum*, *de guelphis*, *de regim. civit.*, *de statutis*, *de carceribus*, *de percussionibus*, *de flumibus*, ecc. », e una *Quaestio inter Virginem Mariam et diabolum* (1). Raineri di Forlì († 1358). Baldo degli Ubaldi di Perugia (1327-1400) discepolo di Bartolo, con cui divise la gloria e l'onore di essere capo di questa scuola. Scrisse commenti a tutto il *Corpus iur.* e alle decretali, una *Practica iudicialis* e cinque libri di *Consilia*. Angelo degli Ubaldi, Bartolomeo Saliceto (1330-1412). Pietro Ancharano († 1415), Raffaele dei Raimundis il *Cumanus* perchè di Como († 1427), Raffaele Fulgosio di Piacenza (1367-1472) Giovanni de Nicoletis di Imola detto l'*Imolensis* († 1436), Paolo di Castro († 1441), Alessandro Tartagna di Imola (1424-1477) citato col nome di Alessandro, Francesco Accolti detto l'Aretino (1418-1486) e i Socini di Siena cioè Mariano (1401-1467), Bartolomeo (1436-1507), Mariano iuniore (1482-1556), Filippo Decio milanese (1454-1535) maestro a Leone X, a Cesare Borgia, a Guicciardini, Giasone del Maino (1435-1519) diligente raccoglitore ed espositore delle opinioni altrui, tutti questi composero *Lecturae, Commentaria*, o *Praelectiones* alle compilazioni di Giustiniano, dei voluminosi *Consilia* o altre opere minori. A questo periodo appartiene anche Bartolomeo Cepolla rinomato per le sottigliezze e le cautele forensi.

CAPO XVII.

LE UNIVERSITÀ (*).

63. Originale e nuova è l'organizzazione delle Università italiane nei sec. XIII e XIV. Non erano istituzioni cittadine o dipendenti dall'impero, ma corporazioni libere di studenti modellate sulle istituzioni cittadine (Denifle). Chiunque poteva riunire intorno a sè un certo numero di scolari desiderosi di imparare, e il suo insegnamento non era soggetto ad alcun controllo. Se poi tre o quattro insegnanti si trovavano convenuti nella stessa città, il

(*) **Bibliografia.** — Savigny, I; Tiraboschi, *Storia della letter. ital.*, IV, VI; Denifle, *Die Universitäten des Mittelalters*, I, 1885; Coppi, *Le univ. ital. nel medio evo*, 1886, 2ª ed.; Pertile, § 60; Vallauri, *St. delle Univ. del Piemonte*, 1875.

(1) Su questi processi v. Stintzing, *Gesch. d. popul. Lit.*, 263 seg., e Lessona, *Gazzetta lett. piemont.*, 1886; Manaresi, *Arch. giurid.*, XXVI, 1880, p. 581 segg. Se ne hanno parecchi di questi processi grotteschi scritti per mostrare il procedimento in moto.

circolo degli uditori si allargava ed era così fondata la scuola. Ma questa non era ancora l' università nel senso medievale. La mancanza o la rarità dei libri rendevano necessario l'insegnamento orale e perciò torme innumerevoli di uditori s'affollavano attorno a quelli che erano saliti in grande fama, e studenti venivano da tutt'Italia ed Europa. Nè di impiego, onorario o stipendio parlavasi allora e ad essi si ricorse solo quando mancato ogni spirito di vita propria le Università furono interamente ricostituite per volontà dei principi: ma allora non raggiunsero l'antica riputazione ed importanza. Abbandonate e se stesse, in sè trovavano nei primi tempi vita e alimento, e quindi la loro fama dipendeva prima dalle individualità che le illustravano, poi da altre cause accidentali e transitorie: onde varie e mutevoli erano le vicende e ora erano popolate ora deserte secondo la valentìa o l'inettitudine degli insegnanti, ora vive ora morte secondo che professori e studenti piantavano in una città le loro tende e vi dimoravano finchè le ire delle parti li tenevano lontani dalle città donde erano partiti.

L'Università era una corporazione di studenti (come a Bologna, Perugia, ecc.), o di professori e lettori (come a Parigi). A Bologna invece di una la componevano più corporazioni secondo il diverso paese degli studenti; negli ultimi decennii del sec. XII vi era una corporazione pei citramontani e un'altra per gli ultramontani che comprendeva 13 nazioni (Denifle). Dove l'Università era soltanto composta degli scolari, essi eleggevano i professori e il rettore. Il rettore era *rector scholarium* non *studii;* doveva essere studente, e studiare diritto da almeno cinque anni, esser celibe, non ecclesiastico e di sufficiente fortuna; la sua carica era annua. I *rectores studii* erano i professori. Le assemblee convocate dal rettore costituivano propriamente l'università, la cui costituzione fondavasi sugli statuti che ogni 20 anni erano soggetti a riforma per opera di 8 scolari a ciò delegati. Professori e studenti giuravano obbedienza al rettore e agli statuti. Pei membri di questa corporazione vigeva un foro privilegiato civile e criminale, esercitato dal rettore, dai professori e dal vescovo. Gli insegnanti si distinguevano in lettori e dottori. Per essere promossi a dottori si doveva aver studiato il diritto civile per otto anni (ma una prelezione contavasi per un anno) e aver sostenuto esami pubblici e privati e fatta una prelezione contro cui argomentavano gli scolari. Il conferimento del dottorato era fatto solennemente, in duomo, colla consegna del libro, anello e berretta. Il dottore doveva giurare di non leggere fuori della città e spesso fu dai comuni e dalle Università ordinato che non si promovessero che cittadini e parenti dei professori. I diritti del dottore erano di poter leggere e promuovere gli altri nel dottorato. Lettori poi erano anche gli scolari autoriz-

zati semplicemente dal rettore, purchè avessero studiato 5 o 6 anni secondo che aspiravano a leggere un titolo speciale o un libro intero; e in quest'ultimo caso il lettore dicevasi bacelliere. I dottori incominciarono ad aver grado pubblico e onorario verso la fine del sec. XIII, e le loro retribuzioni raggiunsero spesso le 20 e 30 mila lire annue; oltre ciò ricevevano anche gli onorarii degli studenti. Essi dovevano fare delle prelezioni (*lecturae*) che erano ordinarie se facevansi di mattina sul *Dig. vetus* e sul *Cod*, straordinarie se di sera sugli altri libri; ed erano multati se non le facevano puntualmente. Si tenevano anche ripetizioni e dispute. Queste Università attuarono la completa autonomia amministrativa, didattica, disciplinare.

L'università di Bologna (st. Sarti, Alidossi, Fattorini, Fantuzzi, Malagola) servì di modello alle altre non poche che permanentemente oppure per breve tempo furono aperte nelle città italiane. Per es., Vicenza in seguito ad un'emigrazione di studenti da Bologna ebbe studio dal 1204 al 1209; Vercelli ne ebbe uno per poco tempo nel secolo XIII (storia, Baggiolini, 1888). Dopo Bologna le scuole più antiche sono quelle di Modena, an. 1150 (st. Campori, Vischi, *Mem. st. patr.*, 1879) e Reggio Emilia che esistevano al secolo XII, ma al principio del XIV erano già scomparse. La scuola di diritto di Padova (st. Da Colle, Tomasini, Papadopoli, Facciolati, Gloria, 1888) sorse nel 1222 per un' emigrazione di dottori e di scolari da Bologna: quella di Pisa nel sec. XI (?) (st. Bonamici, Fabbroni, Dal Borgo), di Ferrara nel 1391 (st. Borsetti, Quarini). Le scuole di Roma (st. Caraffa, Renazzi), Perugia (st. Bini, Padelletti) sono menzionate già nel secolo XIII: quella di Napoli (st. Origlia) sorse per volere di Federico II nel 1224 come un'università di Stato, ma non raggiunse mai la fama delle altre libere, sebbene si cercasse attrarre scolari con vantaggi e comodità di ogni genere e si vietasse ai sudditi insegnare e studiare se non a Napoli. Antica deve essere la scuola di Pavia (st. Gatti, Corradi, Brambilla, *Memorie e doc.*, 1877-78) ma veramente costituita non lo fu che alla fine del XIV secolo (1361). Quella di Torino (st. Balbo, *Accad. di Torino*, XXIX, Vallauri) risale al principio del sec. XV. Firenze (st. Prezziner, Gherardi, 1881, Rondoni, 1884) ebbe privilegio di uno studio generale nel secolo XIV. Arezzo ebbe studio dal 1215 alla fine del XVI. Parma (st. Affò, Cavagnari, Bolsi, Mariotti, 1888) l'ebbe anche prima del 1328 epoca in cui dal papa gli fu concesso avere studio generale. Del resto molte città italiane ebbero studii che non sono università: anzi tutte o quasi tutte dalla fine del 120) al sec. XIV tennero pagato dal Comune un qualche insegnante di diritto romano. Se ne trova menzione per Macerata fin dal 1290 (st. Foglietti), per Treviso, Piacenza (st. Scarabelli), Viterbo fin dal sec. XIII, per Mantova fin dal secolo XII, per Siena nel 1321 (Denifle) (st. Moriani, Banchi). Genova ebbe uno studio particolare tenuto dal Collegio dei giuristi nel sec. XIV (st. Isnardi, Celesia). Si trova ancora una scuola di *Instituta juris* ad Udine nel sec. XV (st. Occioni-Bonaffons, 1884) a Novara verso il 1400,

a Fermo nel 1303 (st. Curi, 1879), a Urbino fu istituito un collegio di dottori nel 1506, eretto poi ad università nel 1671. L'università di Camerino data dal 1727, di Cagliari dal 1720, di Sassari dal 1766 (st. Tola), di Catania dal 1444 (st. Coco), di Messina dal 1596 (st. Ventimiglia), di Palermo dal sec. XVI; ma fu elevata a università solo nel 1805 (st. Sampolo, 1888).

CAPO XVIII.

IL DIRITTO ROMANO COME DIRITTO COMUNE (*).

64. Queste scuole portarono il risorgimento del diritto giustinianeo non solo nel campo della scienza ma anche in quello della pratica. Da una parte la sua grande superiorità e la parola dei giuristi che lo bandivano come legge viva e universale, dall'altra la mancanza di un vero diritto scritto e l'incertezza e insufficienza del consuetudinario erano condizioni favorevoli per la sua completa vittoria. Il risorgimento veniva in buon punto, perchè al rigoglioso movimento interno dei comuni italiani, gli antichi *usus* erano insufficienti e richiedevasi un diritto di applicazione generale, di logica inflessibile, di grande equità, da meritare il titolo di ragion scritta. E il giure romano aveva anche per i comuni italiani il vantaggio di riprodurre i gloriosi ricordi della potenza romana. Oltre ciò pel concetto dei glossatori che il diritto romano fosse il vero giure romano-imperiale (*ius cæsareum*) ossia la legge che derivava dal potere imperiale e che gli altri diritti non avessero altro valore che di consuetudini locali, esso fu assunto dagli imperatori che si riguardavano come i successori di Giustiniano, e che proclamavano il loro potere legislativo superiore a tutti e l'obbligatorietà del loro diritto, cioè del giustinianeo, in tutte le terre soggette al *Romanum imperium*, ossia per tutta l'umanità, come diritto universale. Anche il concetto ghibellino aiutò la formazione del diritto romano come diritto universale: l'unità politica importava anche la legislativa ed entro questa soltanto dovevano svolgersi e vivere le varietà delle diverse leggi nazionali. Poi delle massime così assolutiste come quelle che offriva il *Dig.* (*Princeps legibus solutus*, l. 31, 1-3; *Quod principi placuit legis habet vigorem*,

(*) **Bibliografia.** — Eichhorn, § 266, 440; Stobbe, I, 609; Duck, *De usu et auctorit. iuris rom.*; Karsten, *Die lehre von Verträgen bei den Italien. Iuristen des Mittelalt.*, 1882, p. 87-108, 120-128, 146-178; Pertile, § 63. Sulla recezione del diritto rom. in Germania, vedi Stobbe, II, 9-110; Stintzing, *Gesch. d. R. W.*, I, 1-87, e i lavori speciali di Franklin, 1863; Schmidt, 1868; Moddermann, 1875; Stolzel, 1872; Stamm, 1880; Arnold, 1882; per quella in Boemia, Ott, 1879; in Inghilterra, Leonard, 1868; Stölzel, *Z. f. R. G.*, VI, 1865. Scrutton, 1885. Sulla decret. *Super Specula*, Caillemer, 1881.

l. 1, 1-4; *Ego quidem mundi dominus*, l. 9, 14-2) dovevano avere l'appoggio di sovrani, come Federico I, che in esse vedevano il contrappeso alle decretali pontificie. L'idea politica degli Svevi trovava nel giure romano l'esatta e completa manifestazione legislativa. Così il diritto romano divenne il diritto dell'impero, e le leggi promulgate dagli imperatori furono riguardate come aggiunte al Codice e come parte di queste erano insegnate a Bologna. Infine la chiesa aveva adottato il diritto romano per le cause civili che si discutevano nei suoi tribunali e per le quali non aveva speciali disposizioni: ne aveva fatto il suo giure sussidiario, del quale non poteva farsi senza per conoscere e applicare il diritto canonico. Anzi tanto fervore era venuto fra il clero per studiarlo che un papa (Onorio III, Bolla *Super specula*, anno 1219) vedendo che lo si preferiva ai canoni negli stessi tribunali della chiesa, ne vietò lo studio ai chierici, anche per impedire che si divulgassero fra loro le idee che conteneva il Codice sui rapporti della chiesa colla potestà civile, sul potere dell'imperatore di convocare e presiedere concilii, confermarne le decisioni, ecc. Questi divieti però non indebolirono la posizione che aveva già assunto, e lo studio continuò anche fra il clero.

L'affermazione del diritto romano come *jus comune* fu in Italia cosa agevole e rapida, anzi fino a un certo punto non consistè che in un allargamento e in un riconoscimento pubblico di un uso già esistente, imperocchè esso vigeva già come legge personale di molti, come legge territoriale di alcuni paesi, come diritto della chiesa. Si trattò come dottrina quello che fino allora era praticato come consuetudine. Al sec. XIII i comuni che si vantavano di ricollegarsi agli antichi municipii romani, videro in esso un diritto nazionale, professarono di vivere secondo la legge di Giustiniano; e d'allora giudici, assessori, statutarii venivan scelti fra quelli che erano stati allo studio bolognese. Il moltiplicarsi delle scuole, la fama degli insegnanti, il concorso numeroso di studenti da tutte le città e borgate, l'entusiasmo che quelli avevano per tradurre in pratica le leggi che commentavano, la venerazione in cui le tenevano, la partecipazione che i giuristi avevano agli affari del foro come giudici od avvocati, tutte queste cause concorsero a portare in breve il diritto romano ad essere il *jus comune* o *lex viva* per le materie pubbliche, private, penali e processuali, in tutti i paesi d'Italia, o almeno ad avere autorità dottrinale, come a Venezia. Ciò non voleva dire che andassero soppressi gli statuti locali o le costituzioni dei principi: i giuristi, malgrado il loro disprezzo per gli statuti, volendo anche fare opera pratica, dovettero trattare tali *pulchræ quæstiones* e anzi Bartolo, Alberico da Rosciate, ecc., formularono teoriche complete sul valore degli statuti, sulla loro

forza derogatoria al *jus comune*, sui conflitti fra di essi, ecc., colle quali gettarono le basi del diritto internazionale privato, ma sostennero sempre il principio, accolto anche nei civici tribunali, che ogni limitazione al diritto romano non poteva essere che temporanea e locale e che cessato il bisogno esso diritto tornava universale (1).

65. Alla diffusione del diritto romano in Italia, seguì il suo ricevimento come *jus comune* in Germania, Boemia, Spagna, in paesi cioè nei quali esistevano antiche tradizioni e leggi nazionali. Fatto singolare e nuovo, che non ha ne avrà riscontro: si videro i legislatori, i magistrati, gli avvocati, e infine il popolo rinunziare al diritto indigeno, per assumerne uno straniero formulato in lingua estranea. Prepararono tale mutamento un lungo processo storico e molteplici circostanze; come il concetto politico di un impero e di un diritto universali, ordini imperiali che volevano introdotte le leggi romane in Germania, i rapporti politici e intellettuali coll'Italia, l'accorrere straordinario di studenti ultramontani attorno ai grandi romanisti italiani, il culto del diritto romano che essi portavano in patria e vi suscitavano, l'autorità del giure canonico. L'invasione fu compiuta non per mezzo di gravi e pesanti commentari, che erano inadatti alla poca preparazione scientifica di quei giuristi, ma per mezzo di scrittarelli, compendii e trattati elementari in latino, o tradotti dal latino in tedesco, quali anonimi, quali con nomi celebri, ma sempre di origine italiana, e appartenenti per lo più a giuristi del sec. XIV e XV. Essi compongono una abbondante letteratura così detta popolare, di nessun valore scientifico, che però grazie alla stampa si diffuse e si impose nei tribunali e nelle scuole per il sec. XVI, perchè erano di grande utilità al giudice e all'avvocato cui davano la norma e l'aforisma; consistono in formularii notarili, in prontuarii processuali (*Arbores actionum*, *Ordines iudiciarii*), in sommarii, raccolte di casi, e portano nomi strani e altisonanti (*Repertorium aureum*, *Alphabetum*, *Flos*, *Flores et Margaritae*, *Faces*, *Prata*, *Argutiae*, *Anatomiae*, *Necyomantiae juris*, *Sol resplendescens*, ecc.). Non scorse molto tempo che dietro questa misera letteratura passarono le Alpi e il mare le opere dei nostri grandi giureconsulti, che ebbero incontestata autorità anche fuori d'Italia, come profondi interpreti del diritto romano: la loro parola fece testo: e con essi passò anche la caterva dei minori commentatori e consiliarii, le

(1) Le dottrine dei giuristi italiani sugli statuti sono diffusamente esposte da Orlando, *La legislazione statut. e i giurec. italiani del sec.* XIV, 1881, da Laurent, *Le droit civil. internat.*, I, 1880, pag. 273-359; Barde, *Théorie tradition. des statuts;* Lainé, *Introd. au dr. inter. privé*, I, 1888, p. 93-268.

cui opere (*Consilia*, *Decisiones*), furono molte volte e in gran quantità ristampate in Germania, nelle cui Università erano allora frequenti gli insegnanti italiani e nei cui tribunali le dottrine italiane avevano autorità di legge. Ma quasi contemporaneamente o poco dopo cioè nel XVI e XVII sec., i giuristi tedeschi, come gli spagnuoli, francesi e olandesi, cominciarono a prender parte attiva ed intensa al lavoro esegetico intorno al *jus comune:* e allora tutti essendo intenti a uno scopo, si ebbe, grazie alla stampa e all'uso di una favella comune, la vera universalità e internazionalità della scienza giuridica. Le tipografie di Venezia, Firenze, Roma facevano conoscere agli italiani quanto di meglio esciva pel diritto in Europa, e quelle di Lipsia, Francoforte, Basilea, Rotterdam, Anversa, Amsterdam, Lione, Parigi quanto di buono e spesso anche di cattivo produsse l'Italia per tutto il sec. XVII.

CAPO XIX.

LA GIURISPRUDENZA NEL SECOLO XVII (*).

66. Triste eredità aveva lasciato il sec. XV, già avviato a inevitabile decadenza. Consisteva in una letteratura giuridica, ricca di numero, ma povera di novità, pedisequa alla Glossa e a Bartolo, farraginosa all'eccesso, fatta per gli avvocati e i giudici, aliena da dirette indagini sulle fonti, attorno alle quali si elevava quale selva impenetrabile. Le tradizioni, le abitudini di scuola, il rispetto ai dottori non solo fecero accettare queste opere ma le inclusero nella serie delle autorità: e queste, colla Glossa e i giuristi del sec. XVI formarono la *communis opinio,* la dottrina per eccellenza, ossia un catechismo dogmatico, assiomatico nel quale l'*ipse dixit* imperante uccideva ogni spirito di ricerca individuale, sopprimeva il dubbio e la negazione ed in cambio dava quella falsa sicurezza che è la morte del pensiero e della scienza.

Il male giunse presto a tal punto che uno dei giuristi che più fu lontano da questo feticismo, il Fulgosio († 1427) consigliava ai suoi alunni doversi preferire la Glossa al testo perchè quella avrebbe persuaso tosto i giudici che altrimenti gli avrebbero op-

(*) **Bibliografia**. — Le antiche storie della giurisprudenza romana Bach, Brunquello, Nettelbladt, Hommel, Gravina, c. 170-181; Del Re, *I precursori ital. di una nuova scuola del dir. rom..*, 1878; Brugi, *Fasti aurei del dir. rom.*, 1879; *Arch. giur.*, XXVI, 1881, 434-439; *La scuola padov. di diritto rom. nel sec.* XVI, 1888; Voigt, *Wiederbelebung d. class. Alterth.*, 1881, 451-486; Stintzing, *U. Zazius*, 1857; Burchardt, *Civiltà del Rinascim. in Italia*, 1877; Janitschek, *Gesellschaft d. Renaissance in Italien*, 1870.

posto: credi tu che la Glossa non abbia visto il testo meglio di te? — La tendenza prevalente con cui si aprì il 500 fu di riposare completamente sulle autorità, specialmente su Bartolo (*nemo bonus iurista nisi sit bartolista*) sulla *comunis opinio*, ossia sulla letteratura dalla Glossa in giù. Anche nelle scuole si abbandonò lo studio delle fonti e il lavoro precipuo fu diretto a collezionare e ordinare le infinite opinioni dei commentatori trattenendosi mesi e mesi sopra le sottigliezze dei testi, sopra i titoli delle rubriche (Panciroli) lasciando poi gli uditori incerti e confusi. E in tutti la confusione era ancora accresciuta dalle controversie, dispute e *contrarietates* che dilagavano dalle scuole, prodotto di quella dialettica dominante, e saggi dell'abilità nel maneggiarla, le raccolte delle quali, bizzarre e imbrogliate, formavano da una parte la disperazione dei giudici disarmati davanti esse per la ignoranza delle leggi romane, e dall'altra la delizia degli avvocati

67. Contro questo indirizzo i primi attacchi partirono dai letterati, dagli umanisti, ai quali i legisti inceppati nella scolastica e nelle autorità, con ristretta cultura classica, apparivano ridicoli e ignoranti. Il vuoto formalismo, l'arte delle infinite distinzioni e limitazioni, il gusto delle sottilità che formavano la delizia dei giuristi, ripugnavano invece agli umanisti del sec. XVI e ai loro precursori.

Petrarca li aveva già censurati per l'aridità del pensiero e per lo stile pedestre: « essi non cercano altrove l'origine del diritto paghi di sapere ciò che siasi decretato, perchè pongono il guadagno per metà dei loro studii; è solo dotto chi sa trarre dalla legge ciò che vuole ». E infatti ai forensi del suo tempo e dei secoli posteriori tutte le discussioni scientifiche poco importavano. Il loro vangelo fu poi così formulato: « Dat Galenus opes, dat sanctio justiniana — ex aliis paleas, ex istis collige grana ». Boccaccio, Poggio Bracciolini, Enea Silvio Piccolomini li avevano pure derisi per questo gretto posporre la scienza al guadagno e pei loro metodi. Nel sec. XV, con singolare acrimonia, Lorenzo Valla in un'orazione contro Bartolo enumerò i deliramenti dei legisti scolastici del suo tempo e indicò il metodo storico e filologico che si doveva applicare alla giurisprudenza. A. Mureto criticò le inezie e vacuità dei bartolisti. La venuta dei Greci in Italia, l'amore che essi destarono per l'antichità, l'archeologia e la filosofia, l'avversione a tutti i gioghi della tradizione concorrevano per determinare un nuovo indirizzo anche negli studi del diritto. Da Firenze, centro dell'umanismo e luogo dove buoni studii giuridici si erano mantenuti, partì nel sec. XV il grido di guerra contro il baluardo degli antichi dottori, e dagli umanisti (Traversari detto il Camaldolense 1386-1439, Pomponio Leto, Biondo, ecc.), cui era vanto e metodo ricorrere sempre e direttamente alle fonti, forti polemiche spesso senza misura si accesero contro i le-

gisti; e furono essi a secondare i primi germi del rinnovamento (1) mettendo in onore le fonti, investigandole da un punto di vista storico, coi soccorsi filologici e archeologici: lavoro di epurazione e ristaurazione che occupò Angelo Poliziano († 1494), e Nicola Nicoli che studiarono il manoscritto fiorentino, Lod. Bolognino, che attese a prepararne un'edizione critica, Alessandro di Napoli (1462-1522), che con gusto e buon stile tentò il campo ancor vergine delle antichità giuridiche, Maffeo Vegio † 1457, e Pier F. Corneo (2). Anche alcuni giuristi (Castiglioni, Raffaele Cumano, Tartagna, Paolo Cittadino milanese maestro a Zasio, e primo a studiare il diritto nei poeti e storici), avevan tentato nuove vie, staccandosi dai loro contemporanei *semper intonsi, semper iloti*. Ma come gli umanisti non potevano produrre che un avvicinamento esterno e formale fra la giurisprudenza e le altre scienze, a questi giuristi mancava tutta la preparazione per divenire riformatori.

Il merito di aver attuato questo rinnovamento desiderato spetta ad Andrea Alciato milanese (1492-1550) il quale assieme a Ulrico Zasio in Germania (1465-1530), a Guglielmo Budeo (1467-1540) e poi a Cuiaccio in Francia rinnovò lo studio del diritto, fecondò l'esegesi ancora bambina coll'erudizione e la filologia, epurandola dalle scorie dei commentatori e dai barbarismi della scuola.

Alciato che insegnò in Italia e in Francia (a Bourges) iniziò la sua vita scientifica a 22 anni pubblicando una dottissima interpretazione delle parole greche che trovansi nel *Dig.*; scrisse poco (*Paradoxa, Parerga, Comm. ad Pandect., De magistr. roman., De re militari, Emblemata*), ma sempre mostrossi innovatore. Suo scopo fu combattere la *comunis opinio*. Nei suoi scritti non distinzioni inutili o dialettici inviluppi, non convenzionalismo e nemmeno disprezzo per l'antico. Egli fondò quella giurisprudenza culta il cui programma era migliorare l'esposizione dialettica tradizionale e riaccostarsi alle fonti, sottoponendole a critica storica e filologica, fuggire le inutili prolissità, esponendo concisamente, chiaramente e con eleganza, abbandonando le barbarie dei precedenti interpreti, scalzare l'autorità dei commentatori, discutendone con tutta libertà le dottrine, e al numero sostituendo il valore degli interpreti, rinnovare le basi della *comunis opinio* (Brugi). Questo programma di Alciato « le cui vedute non furono oltrepassate nella scienza sino ai tempi moderni » (Landsberg), non fu adottato dalla folla nè in Italia nè in Francia, ma ebbe un seguito

(1) Chiapelli, *Firenze e la scienza del dir. nel periodo del rinascim. Archivio giurid.*, XXVIII, 1882; *La polemica contro i legisti dei sec. XIV, XV e XVI*, id., XXVI, 1880. Sopra queste lotte v. Thomasius, *De vera et falsa iurispr. Dissert.* 1773.

(2) Buonamici, *Il Poliziano giurecons.*, 1863; Brencmann, *Historia Pandectar.*, 1722.

composto delle migliori intelligenze. In Italia la sua scuola ebbe un breve ma luminoso sviluppo: poi passò in Francia, a Bourges, dove un suo contemporaneo Cuiaccio, da lui discendente, la condusse ad alti e straordinari progressi, ne apparve quasi il capo e la fece denominare scuola francese mentre più veramente questa scuola della giurisprudenza culta deve dirsi italo-francese.

Gli italiani che accolsero i metodi di Alciato sono pochi ma di valore: i fratelli Gentili Alberico precursore di Grozio (1) e Scipione (1563-1616). Lelio Torelli, Emilio Ferretti (1489-1559), Matteo Gribaldi piemontese († 1564), Giulio Pacio, vicentino (1550-1635), Ippolito a Collibus (1561-1612), Zoanetti, bolognese († 1586), Galvano, Panciroli, di Reggio (1523-1593), Sigonio, di Modena (1524-1584), Turamini, di Siena (1531-1603), e pochi altri. I più di questi insegnarono in Germania, come altri giuristi che abbracciarono la Riforma. Dei francesi derivano dalla scuola di Alciato Conzio, Boerio, Russardo, Balduino, Mercier. Da essa derivano pure Antonio Agostino († 1586), che sebbene spagnuolo passò gran parte di sua vita in Italia, celebre per le sue *Emendationes* al diritto romano e al decreto di Graziano: il portoghese Antonio Goveano (1505-1565) che insegnò a Torino dove Emanuele Filiberto l'aveva chiamato e che Cuiaccio preferiva a tutti gli interpreti; e fino a un certo punto anche Duareno (2).

Per le attinenze che ebbe colla scuola di Alciato dal quale apprese la *disciplina juris* e per la sua posizione eminente nella storia della giurisprudenza romanistica, Jacopo Cuiaccio, di Tolosa (1520-1590) appartiene anche all'Italia, dove viaggiò e insegnò (a Torino). Questo ingegno possente ed originale concepì l'ardito disegno, in un tempo in cui il *Corpus iuris* era riguardato come un tutto omogeneo, di considerarlo come un monumento storico composto di opere di diversi tempi, autori e scuole, nel quale ogni giureconsulto formava un sistema, tentò scomporlo e ricomporlo, riunendo i frammenti e classificandoli nelle opere e nelle divisioni a cui appartenevano. Volle ricreare ciò che Triboniano aveva soppresso, risuscitare ogni giureconsulto, mostrare non potervi essere unità in una compilazione fatta di elementi spesso contrari, doversi ricomporre il diritto, prendendo ogni singolo giureconsulto. Così restituì e commentò con meravigliosa esegesi le opere di Papiniano, Paolo, Africano. Spesso si limitò alla restituzione del testo e a brevi note: non compose lunghi commenti, non si servì della storia e filologia

---

(1) N. 1552 † 1608. Scrisse *de jure belli, de juris interpretibus*. Su lui v. Speranza, De Giorgi, Fiorini, 1876; Holland, 1875; Saffi, 1878; Delvecchio, *Arch. stor. ital.*, 1879; Sbarbaro; Pierantoni, *Storia del diritto internaz.*, 1876, 12-27. Altro precursore di Grozio è Pierino Belli di Alba, † 1576. Su lui v. Mulas, 1878.

(2) Su Alciato v. Podestà, *Arch. giur.*, III, 347, 480; IV, 199; XI, 81. Sui suoi *Emblem.* Green, 1872 e Duplessis, 1884. Sulle vite di questi giuristi v. Panciroli, Gribaldus Mopha, Cattelinus Cotta, e altri nel I vol. dei *Tract. univ. iuris*. Su Cuiaccio v. Berryat de Saint-Prix, 1821; Cabantous nella *Revue de legisl.* di Wolowski X,

che con parsimonia, con stile puro, corretto, forse troppo conciso. Fu insuperabile nello spiegare, analizzare, correggere. La forza della sua acutezza e dottrina impiegò a scoprire il senso originale delle leggi, a far rivivere colla forza della storica intuizione lo spirito dei singoli giuristi. La scienza deve alle sue osservazioni tesori di materiali storici, critici, esegetici e idee feconde. Felicemente sposò l'analisi e la sintesi: analitica è sempre la trattazione, ma le particolarità sono sinteticamente aggruppate nel tutto. Le sue *Observat.* furono dette incomparabili e divine. Fu scrittore operoso, incredibilmente produttivo. Gravina di lui scrisse: « Neque aliquid ignorare per illum, neque sine illo discere, quidquam licet; docet nimirum unus omnia et semper sua ». Alciato e Cuiaccio furono i veri fondatori della scuola storica nello studio del diritto.

La scuola di Bourges da lui illustrata e donde partì il così detto *mos gallicus* antitesi del *mos italicus jus docendi*, conta seguaci del suo metodo: Brissonnio, illustratore delle formole romane, Dionisio Gotofredo critico editore e illustratore del *Corpus juris*, Balduino storico del diritto, Molineo (Du Moulin 1500-1568) celebre nelle dispute e per le violente opposizioni al feudalismo (1). Poi esagerò e fuorviò. Mentre Alciato volle essere anzitutto giurista e formare dei consulenti, i francesi non vollero essere che filologi. Con critica audacissima i Cuiacciani pretendevano emendare e ricomporre i testi e contro Triboniano giostravano più per pompa di erudizione che per amore di scienza. Dichiaravano falsa una lezione solo perchè contraddiceva alle loro opinioni. Da essa derivarono i cosidetti flagellatori di Triboniano (v. § 68), i quali provocarono una reazione, e di questa il capo più eminente fu Alberico Gentili.

68. Col secolo XVI lo studio del giure romano cessò di essere specialità italiana. Francia, Olanda, Germania e Spagna ebbero scuole giuridiche nazionali, le quali però non si chiusero in se stesse ma esercitarono le une sulle altre un'azione non sterile. L'uso del latino, la posizione del diritto romano quale *jus comune* e la stampa rendevano internazionale la letteratura e assicuravano lo scambio dei metodi e delle idee. L'Italia però non ebbe che mediocremente a risentire di quest'azione, e solo i libri spagnuoli, per le condizioni politiche, ottennero nella penisola diffusione e credito. Le altre scuole vi furono note solo più tardi. Tuttavia questa partecipazione di altri paesi allo studio del diritto non detronizzò immediatamente l'Italia, perchè e per tutto il 500 e per parte del 600 non solo i suoi professori furono ricercati nelle università estere, specialmente di Germania, ma ancora qui il *mos italicus* ritenne un esclusivo dominio.

La Spagna ebbe una fiorente scuola a Salamanca che ereditò e tenne alto per alcun tempo i metodi della scuola di Bourges. Ad essa appar-

(1) Su Molineo v. Hello, *Revue de legisl.* di Wolowski, X e Aubépin, *Influence de Dumoulin sur la legisl. fr.*, id., XLVI.

tengono: Covaruvvias (1512-1577) detto il sommo apice del diritto, il *Bartolus hispanus*, le cui *Variae resolut.* ebbero incontestata autorità anche nei tribunali italiani; Padilla, Pinello, Pichardo, Costa, Caldera (*Errores pragmatic.*), Melchiorre di Valenza e Rhamos che Meermann chiama il principe dei giuristi spagnuoli, eruditissimo fondatore di una scuola da cui escirono Retes, Juarez de Mendoza americano autore di un trattato sulla *L. Aquilia*, Fernandez de Castro, ecc. Questa scuola cercò mantenere unite la teoria e la pratica, non abusare dell'esegesi, nè aderire ciecamente al principio di autorità. La dominazione spagnuola trasportò in Italia le più importanti opere, senza però vantaggio dei buoni studi, perchè esse andarono puramente ad accrescere il numero delle autorità e ad ingrossare cioè le citazioni delle opinioni.

La scuola olandese, i cui principali rappresentanti sono: Muddaeus † 1560, Hopper † 1576, Wesembecius † 1586, intese applicare una sana e moderata esegesi e ridurre il diritto a sistema, nel che però non seppe sfuggire ai difetti scolastici del tempo. Di questa scuola furono molto diffuse specialmente nel sec. XVIII, le opere di Wesembecius pregevoli pel metodo e la chiarezza, non soggette alla tirannia delle autorità, non involute di casistica, ma dirette a servire la pratica e a ridurre il diritto patrio a sistematica unità.

La scuola tedesca del sec. XVI, tolto Zasius che in Italia non fu conosciuto, conta pochi scrittori e di poco valore (Apel, Sichard, Schneidewein il cui nome fu grecizzato in quello di Oinotomus, ecc.).

Questo secolo conta illustri solitari che non appartengono agli umanisti, nè ai bartolisti e cogli uni e gli altri furono in guerra. Tali furono i francesi Duareno († 1559) discepolo di Alciato, che scelto il meglio dalle opere di Accurso e di Bartolo lo dispose in ordine sistematico, e Donello (1537-1591) perfetta antitesi e avversario acerrimo di Cuiaccio e del *mos gallicus* come anche l'era dell'*italicus*. Donello considerava il diritto come una forza che domina la vita, una ragione da studiarsi in se stessa, mentre per Cuiaccio era un prodotto storico. Combattè anche Bartolo che disse pessimo maestro, sofistico e leguleo; scrisse trattati dogmatici, apodittici, dove l'acume e la profondità fanno perdonare lo stile oscuro e tedioso. Spirito profondo, logico e geometrico, eccellente nel costruire teorie per mezzo di testi, nel porre principii e trarre conseguenze, nel ridurre a sintesi il diritto, ebbe tutte le qualità buone e cattive di un dialettico di prim'ordine; ma spesso, perchè non studiò abbastanza i testi nelle origini loro, le sue profonde indagini e dottrine cadono alla luce della critica e della storia. (Ed. Firenze, 1847, 12 vol.).

Altri spiriti solitari furono: Ottomanno (1525-1590) tedesco di origine, ma francese di elezione, aspro censore di Accursio e di Bartolo, autore dell'*Antitriboniano*, e capo della scuola dei nemici di Triboniano (1); amante di novità, analitico per natura, incerto fra la tendenza dogma-

(1) Heineccius, *De secta Tribonianomastigum in Opera*, Napoli, 1773, t. VII. Conta questa sètta Balduino e Wesembech: la combatterono i Coccei e Ubero. Su Ottomano vedi Dareste, *Rev. de legisl.*, XXXVIII. Su Donello vedi la *Vita di Eissel*, 1868.

tica e la storico-antiquaria: e Connano († 1551) francese, osservatore acuto che tentò scoprire nel diritto il lato sociologico, desumendone le leggi dall'esame del diritto dei diversi popoli.

69. La maggior parte dei giuristi italiani si mantenne estranea al movimento di rigenerazione giuridica inaugurato da Alciato e da Cuiaccio, come il più della popolazione non partecipò all'umanismo e alla Riforma, tutte tre manifestazioni del pensiero dovute alle stesse cause, ispirate agli stessi scopi di liberare l'individuo dalle pastoie delle autorità e dalle tradizioni dello scolasticismo. Causa di quest'insuccesso erano stati gli stessi alciatei che si erano dimostrati inconsci dei bisogni della pratica, che nelle fonti romane non avevano visto che monumenti dell'antichità, pregevoli solo per l'origine classica a cui di preferenza si interessavano obbliando il diritto per la grammatica, il valore pratico per la forma esteriore. Alcuni poi si eran gettati nelle più strane esagerazioni sperando nel successo che aveva avuto Alciato co' suoi *Paradossi*. In ogni modo i culti non seppero evitare la scissione fra la scienza e la pratica e anzi la produssero. La teoria raggiunse con essi alti gradi di dotta eleganza, il che parve ai pratici inutile e quindi chiamarono poeti i culti e giochi i loro lavori. E difatti essi non cercavano che frasi fiorite, nè amavano che discussioni filologiche e ricostruzioni di testi: vilipendevano i giuristi precedenti, coltivavano soltanto la forma letteraria a pregiudizio della sostanza, e guardavano l'erudizione come fine a se stessa non come mezzo per spiegare i testi. Indarno Alberico Gentili e altri tentarono arrestare questa tendenza, difendendo gli antichi, come Bartolo, dall'immeritato sprezzo: che i pochi alciatei italiani e poi Cuiaccio e tutta la scuola di Bourges riaffermarono tale antipatia pei pratici e consolidarono la scissione tra i forensi, postbartolisti e realisti (così detti perchè tenevano più alle cose che alle parole) o seguaci del *mos italicus* o *magistralis* detti anche per disprezzo *barbari*, *pseudolatini*, *plebei*, *accursiani* e i Cuiacciani o discepoli del *mos gallicus* chiamati per dileggio grammatici od umanisti. Pareva quasi che la scuola culta, quale concepivasi dai seguaci, fosse impotente a servire la pratica perchè non pochi che ad essa si ascrissero, volendo accostarsi alla pratica finirono per confondersi nella scuola del *mos italicus*.

La maggioranza dei giuristi italiani non aderì nè forse lo poteva, alla scuola alciatea-cuiacciana: tuttavia, malgrado i severi giudizii proferiti da Cuiaccio intorno ad essi, è certo che migliorarono, presero dai culti quanto potevano, si spogliarono della veste medievale, tentarono un'esposizione più sobria, meno arida. Si attennero ancora al metodo analitico della casistica, in opposizione allo storico-sintetico, usarono le infinite distinzioni e limitazioni

colla tenace osservanza della filosofia aristotelica, coll'affastellamento delle citazioni, coll'abuso del principio di autorità. La loro grande connessione colla pratica, la loro partecipazione alla vita forense non permettevano di applicare le teorie alciatee e rendevano più proficuo il sistema di sofisticare sui testi e accumulare citazioni pesando non le ragioni ma i sostenitori. Fu specialmente l'influenza della pratica sulla scienza che contrastò la diffusione dello spirito critico. Anche la scolastica imperava allora assoluta nelle scuole d'Italia e fuori; e qui i suoi sostenitori ed esageratori trovarono un appoggio nel belga Wesembecio che applicò al diritto la nuova dialettica del francese Ramus e fondò la scuola *ramistica* o delle quattro cause (*subiectum, objectum, forma et differentia, finis et effectus*) che nel ragionare si dovevano aver sempre presenti: novità però che non ebbero successo in Italia forse anche perchè i metodi logici del nord si giudicavano infetti di eresia.

Abborrente quindi dal sistema, il *mos italicus* che ebbe il suo precettista in Gribaldo Mofa (1), obbedendo al meccanismo scolastico sciolse la scienza in una grande quantità di particolarità e di regole che divenivano il supplizio della memoria e richiedevano l'impiego delle combinazioni mnemoniche. Si smarriva così ogni unità della scienza: e allora ebbesi una letteratura sui *loci ordinarii* e i *topica* che sostituirono gli antichi *brocarda*, ossia sentenze cavate dal *Dig.* in cui era concentrato il succo della dottrina: e posesi diletto e studio nel comprendere in un distico i punti fondamentali della materia (*sedes materiæ*), la cui conoscenza formale bastava pei giuochi della dialettica forense, armi mnemotecniche apprestate in ordine alfabetico o sistematico, che confondevano l'avversario e risolvevano il giudizio. Erano i *loci* ridotti a pochi, un centinaio, e mostrano l'intendimento di limitare il campo della giurisprudenza e render questa un catechismo. E poichè questi *loci* rappresentavano tutta la scienza ed erano l'alimento della pratica, i forensi non avvertivano la separazione fra dottrina e pratica e credevano trovare nelle raccolte dei *loci* tutto il necessario per divenire abili professionisti ed anche scienziati (2).

Per la stessa prevalenza del principio di autorità e della pra-

---

(1) Piemontese, † 1564: *De methodo ac ratione studendi in jure inviti*, 1544. Nani, *Un libro di M. Grib. Mofa*, *Mem. dell'Accad. di Torino*, s. II, XXXV, 1883. V. anche *Opusc. ad cultiorem jurisprud.*, Pisa.

(2) Ne fece per prima la teoria il bolognese Gammarus, † 1528: *De modo ratiocinandi et disputandi in jure*, *Legalis dialectica*, 1514, *Topicorum libri*, 1545. V. anche Nic. Everardus, *Topica* o *loci argument. legales*, 1604, Alphanus, Barbosa, ecc. Eccone dei saggi: *locus ab ordine, a deffinitione, ab etymologia, a genere ad speciem, ab absurdo, a servo ad monachum, a liberto ad vasallum, ab expresso ad tacitum, a falcidia ad trebellianicam*, ecc.

tica sulla dottrina, per la grande importanza che allora aveva il foro, la via che portava a tutte le cariche ed onori, alla ricchezza ed alla nobiltà, spiegasi come i migliori giureconsulti scrivessero pei bisogni forensi e pubblicassero grossi volumi di *Consilia* che andarono a far testo nelle scuole e nei tribunali accanto a Bartolo e alla Glossa non solo in Italia ma anche in Germania dove molti di essi (circa 60) furono ripubblicati.

I principali di questi *consiliatores* o decisionisti che scrissero anche monografie giuridiche, sono: Natta, Porzio, Loffredo, Lanfranco, Balbo, Bursato, Garrato, Tartagni, Oldrado de Ponte, Ancharano di Bologna, Aimi di Parma, Belloni di Casale, Altogradi, Butrigario, Caballi, Cefalo di Ferrara, Giulio Claro, Rolando a Valle, Decio, Deciano, Surdo di Casale (*Tract. de Alimentis*), Fachineo, Peregrini, Farinaccio, Hondedei, Quetta, Caroccio, Marchiselli, Curzio, Paciano, Cravetta, De Praetiis, Graziano: e Menocchio pavese (1532-1607 aut. *de Arbitrariis judicum quæst.: de præsumptionibus et indiciis: de adipiscenda et recuper. posses.*) Mascardo di Sarzana († 1588, aut. *de probation.*) e Maranta napoletano († 1530, aut. *Speculum aureum*). Questi *consilia* avevano autorità non inferiore alle leggi dei sovrani (Dück). Anzi Curzio diceva che al suo tempo si credeva più ad essi che alla parola della legge. E quali leggi difatti tenevansi perchè sulle opinioni degli *scribentes* sentenziavano i giudici. Siccome poi in quei volumi qualsiasi soluzione, per quanto opposta si trovava, così il tribunale era giustificato in qualunque senso risolvesse ed era scusato se giudicava *pro amico* (il punto dell'amico, Deciano). Prima un duca di Urbino, poi Amedeo di Savoia nel 1729 vietarono agli avvocati allegare citazioni di autori davanti ai magistrati.

Per la pratica furono anche fatte in questo tempo raccolte di *comunes opiniones* (Barbosa, Fulgosio, Claro, Galganetti, Gabrieli, Fusio): dei repertorii di tutto il diritto (Bertacchini, Sabelli), delle collezioni di decisioni di varii (Tepato, Tuschi, Scoppa, Niger, Gastaldi, Gatti), e volumi di *Observationes praticæ*, di *casus*, *quæstiones*, *cautelæ*, *formularia* (Ferratiis, Joh. de Arnono, Blancus, Bonaccossa) e si sviluppò allora la *jurisprudentia cautelaris*, resa necessaria dal grande uso del notariato e dai pericoli che stavano nella formale applicazione del diritto alla compilazione degli atti (sulla quale v. Heineccius, *De jurispr. heurematica*).

Nè troppo pessimista, nè troppo ottimista giudizio deve farsi di questa grande letteratura: imperocchè anche il *mos italicus* del sec. XVI ha i suoi pregi, e i giuristi italiani sono ben lungi dall'essere *feccia* come disse Hotomanno. Considerando questi giuristi il diritto romano come un puro prodotto storico, loro studio fu di adattarlo alla vita odierna (e ciò vedesi specialmente nelle opere dei commercialisti, § 77): ed in questa opportunità convenivano anche Alciato ed i culti italiani, che esposero il diritto romano secondo i tempi moderni, diversi in ciò dai culti francesi. Non si può negare che molti di questi professori e *scribentes* seppero acco-

stare la scienza alla pratica con arte ignota agli stessi romanisti della scuola storica (Brugi), che scienza e pratica, scuola e foro combinarono in guisa da sorreggerle a vicenda, la pratica teorizzando, la teoria traendo soccorso dalla pratica, che non si immobilizzarono nei *loci* che dominavano nelle scuole e nei tribunali, ma ne varcarono i limiti ristretti, che maneggiarono tutte le parti del diritto romano, le resero pieghevoli, le misero in correlazione colle leggi del loro tempo, e fondarono, piucchè gli alciatei, la teoria del diritto moderno. Il loro empirismo e servilismo alle autorità è più apparente che reale, ed è ancora innegabile che essi riescirono con materiali vecchi a fondare la scienza nuova, il diritto romano odierno.

CAPO XX.

LA GIURISPRUDENZA NEL SECOLO XVII.

70. Il rigoglioso movimento scientifico del 500, manifestatosi con tante scuole e tendenze, non andò tutto perduto nei secoli seguenti. Quantunque nessuno dei metodi che esso aveva riprovato o messo in voga, fosse esclusivamente seguito, e prevalesse piuttosto l'ecclettismo, tuttavia le sue critiche al principio di autorità e lo spirito di esame che l'aveva animato, sopravvissero alle esagerazioni e ai traviamenti, e impedirono che si ricadesse nei vizii passati. Così, senza che fosse dichiarato uno scisma colla giurisprudenza anteriore, o si facesse pompa di volerla rompere colle autorità, vi fu nel 600 più indipendenza nella scuola e nel foro, la *comunis opinio doctorum* non uccise la discussione, la teoria non si isolò nel diritto morto, e l'empirismo si mantenne in stretto rapporto colla dottrina. La scuola cuiacciana o dotta era morta anche in Francia, morto l'amore agli studi filologici, storici e all'antichità, considerata come fine a se stessa, non come insegnamento: Giacomo Gotofredo (1587-1652) il grande ristauratore e commentatore del *Cod. Theod.*, è un'eccezione, come lo è in Italia Gravina, calabrese (1664-1718), eruditissimo, discendente di Cuiaccio, che illustrò le antichità romane e ne ricercò lo spirito filosofico, con libri ora certo insufficienti. I giuristi olandesi, eredi delle tradizioni eleganti dei giuristi francesi, sentirono pure la necessità di innovare ai metodi di questi e vi riescirono colle conciliazioni, spesso felici, dell'erudizione e della dottrina coll'analisi giuridica, dell'archeologia colla pratica, evitando la superficialità e mostrando penetrazione e capacità nel mettere a raffronto col diritto romano le patrie consuetudini. Questa scuola olandese, che conta illustri scrittori, Perez (1583-1672), Vinnio (1585-1657), Voet

(† 1704), Noodt († 1724), Bynkersoeck († 1743), e Grozio, colui che disciplinò il diritto delle genti, esercitò non piccola influenza anche in Italia, specialmente nella fine del sec. XVIII, epoca nella quale le loro opere ebbero grande diffusione nella penisola. Questa scuola riassumeva le due tendenze o correnti, che si manifestarono nel sec. XVII nel campo della giurisprudenza; una delle quali spingeva a studiare i diritti nazionali e le leggi positive; l'altra tutta filosofica, che aspirava alla ricostruzione di un diritto aprioristico, detto diritto naturale (§ 73); due correnti nuove, indirettamente figlie del secolo della riforma e dell'umanismo, le quali ebbero anche in Italia rappresentanti, la prima nel sec. XVII, con uomini eminenti e di non dubbia originalità; la seconda, nel sec. XVIII, con illustratori e divulgatori dei sistemi elaborati in Olanda e Germania.

La giurisprudenza italiana di questo secolo non conta molti lavori teoretici e dottrinarii, sempre ebbe in vista la pratica, in servizio della quale i giuristi diedero ai testi un nuovo sviluppo, li portarono col ragionamento e l'analogia a nuove applicazioni, li assunsero come principii direttivi e trama per l'elaborazione del diritto patrio.

Molineo (§ 67), Tiraquello, † 1558, poi Chassaneo, † 1631, per la Francia, Covarruwias, per la Spagna, Groenwegen, per l'Olanda, Giphanius, † 1604, Christinaeus, † 1631, avevano già inaugurato questo sistema di ridurre a dottrina scientifica le leggi locali: Antonio Fabro (savoiardo, 1557-1624), che ebbe la Francia per patria, ma il Piemonte per teatro della sua alta intelligenza, l'importò in Italia, dandovi l'impronta di una vera originalità. Le sue opere (*De Erroribus pragmaticorum*, combattute da Bachovio; *De coniecturis*, oppugnata dal napoletano Borgio; *Codex Fabrianus*, detto libro aureo), sono capilavori di dottrina, di acutezza, di chiarezza ed eleganza: in esse espose un diritto romano, trasformato per la pratica, quale si era formato in Piemonte. Si vantava di non seguire che la ragione, e difatti fu un ribelle contro tutte le autorità, fossero Ulpiano o Papiniano, Bartolo o Cuiaccio; e contro la *comunis opinio*, e parve ai vecchi pratici un eretico, il Lutero della giurisprudenza. Il suo spirito audace, innovatore gli impedì di fondare una scuola, in quei tempi di quietismo intellettuale, ma la sua azione si avverte nei pratici del secolo XVII, nel card. De Luca di Venosa (1617-1687) avvocato famosissimo e autore reputatissimo di due enciclopedie legali (*Theatrum veritatis*, 16 vol. e 4 di supplem., composto di tanti discorsi ed allegazioni distribuite per materie: e il *Dottor volgare*, in 15 volumi, ossia trattato di diritto civile e penale, per servire alla curia romana) — nel Mantica, † 1614, nell'Aleandro, † 1630, nel Merenda da Forlì, † 1655, nel Pacio di Veriga, † 1635, nel Bonaparte e nel Chesi di Pisa, † 1670.

Anche altri giuristi italiani — Graziano, Cencio perugino, † 1637 (aut. *De censibus*), Fulgineo di Foligno (*De enfiteusi*), Fachineo di Forlì, Galvani di Ferrara, † 1619, Urceolo di Forlì, e i napoletani

Marta, † 1630, Gaito (*De credito*), Galganetto, Altimare, † 1713 — nel loro empirismo tennero alta la scienza italiana, seppero astrarre dalla pratica e dalle consuetudini locali, risultati teoretici, e coll'empirismo correggere e respingere le astrazioni, se non servivano. Nelle questioni e decisioni da essi raccolte, i principii sono chiaramente formulati. Il loro metodo, quantunque empirico, è ben diverso dalla casuistica degli scolastici, i quali, partendo dai principii giuridici scritti come da principii dati, arrivavano alle particolarità per analisi e deduzione, mentre in questi giuristi l'empirismo era base e punto di partenza, e meta era il principio giuridico da scoprirsi coll'induzione e l'astrazione.

Anche i teoretici, senza conoscere i lavori della scuola olandese, cercarono mantenersi in continuo contatto col diritto del loro tempo, coll'esperienza dei pratici, elevando la realtà a criterio della verità teoretica, assai più di quello che non avessero fatto i Bartolisti, ed in completa opposizione ai Cuiacciani. Ai principii accolti nella pratica diedero sistematica ammissione nella teoria: e gli istituti che il corso della civiltà aveva creato, disciplinarono in armonia alle loro dottrine, e vestirono di forma scientifica e di tecnica giuridica. La tirannia delle abitudini, il culto delle tradizioni scolastiche non occultarono a questi pratici e teoretici ciò che mancava al diritto romano per dare a questi istituti una completa costruzione: quindi, se obbedendo al loro metodo, mantennero con iscrupolo frasi, tecnica e veste romana, ossia ciò che non modificava la natura intima dell'istituto, in quanto a questa si ispirarono e guardarono soltanto alla pratica; e ciò con utile della scienza, che al suo contatto si rinnovava, e con vantaggio dei nuovi istituti, che ricevevano buona costruzione giuridica. A leggere le opere loro parrebbe che volessero incastonare e violentare i bisogni moderni entro i titoli del *Dig.*: ma questa violenza, specie nei commercialisti (§ 77) è solo apparente. Non confessata, ma ormai sentita, si era fatta strada la convinzione, che il diritto romano non poteva più regnare da solo ed essere universale, che lo si doveva conciliare coi diritti locali, che la nuova civiltà voleva un diritto ad essa più rispondente; e ciò devesi anche all'influenza del diritto naturale. Ecco perchè senza che vi fosse abbandono o aperta emancipazione dal diritto romano, questo secolo si distingue anche per gli studii che furono fatti sui diritti locali (siculo, napoletano, piemontese), pei commenti agli statuti, alle costituzioni dei principi, ecc.

Anche in questo secolo abbondano gli scrittori di *consilia, decisiones, resolutiones, singularia;* i più scadenti o sciupanti l'ingegno a ingarbugliare le questioni e a risolverle secondo i bisogni di chi pagava. Ne scrissero grossi volumi Amato, † 1625, Marciano, † 1655, De Marinis, † 1668, Merlino, † 1650, Trentacinque d'Aquila, ecc. Un'altra

letteratura allora in voga nelle scuole, ma altrettanto funesta perchè allontanava dai buoni studii e faceva appassionare pei giuochi e le sottigliezze del pensiero, era quella consistente negli « assiomi, aforismi, apotegmi, adagi, fiori, regole, problemi, antinomie, conciliazioni, concordie e concordanze, contrarietà, differenze, armonie, analogie, ecc. » (Albertino, Montelonio, Pinelli, ecc.), che non solo si applicavano ai testi romani, ma ancora a quel caos di opinioni dei dottori, e vi fu chi (Perremutus di Palermo, 1662), si accinse all'opera colossale di enumerare e risolvere i *conflictus doctorum*, impresa impossibile, ma che sarebbe riescita ben accetta ai forensi di allora, così ossequenti alle autorità dei dottori, e che fra tanti pareri diversi, non sapevano a chi credere, e credevano a quello che loro tornava comodo pel momento.

Col sec. XVII, la giurisprudenza italiana sminuì la autorità fin allora goduta, e il *mos italicus* tramontò da noi e fuori. Le università tedesche anche perchè si davano a studiare il diritto nazionale, non cercarono più professori italiani. Crebbe invece l'invasione delle opere straniere, che intese sempre a illustrare le leggi locali, spinsero anche gli italiani a illustrare le loro.

CAPO XXI.

LA GIURISPRUDENZA NEL SECOLO XVIII.

71. Colla fine del 600 sembrò chiudersi il periodo esegetico del giure romano e affermarsi la tendenza di ridurlo a brevi sistematici compendii contenenti quanto bastava per la intelligenza e la costruzione teoretica del diritto positivo al quale ormai si rivolgevano affannosamente i pratici. In breve nella fine del sec. XVII la letteratura sui diritti locali iniziata col Fabro e col Deluca, aveva preso, specialmente a Napoli e in Sicilia, un aspetto che aveva tutti i difetti e peggio che si rimproveravano ai bartolisti del XV e XVI secolo: aridità, prolissità, ineleganza, confusione farraginosa, amore al cavillo, abuso della dialettica, smania delle citazioni inutili; e i lavori erano « veri arsenali o botteghe da rigattiere dove ognuno trovava la veste che voleva » (Muratori). In tutte le città e nelle stesse università ai dottori che si erano anche esercitati nella pratica forense rivelandosi sommi, e che conciliando pratica con teoria, avevano saputo vivificare e alimentare questa con quella, successe una turba di professori e consulenti « nobili mercanti del loro sapere » che tutti dati alla pratica non ebbero in vista che i bisogni di essa, sacrificandovi la teoria ed il diritto romano, e a servizio di essa tessendo pedestri commenti e arzigogolando attorno alle leggi patrie. Sebbene in ogni secolo questi vizii fossero rimproverati ai pratici e consulenti italiani, e la forma di *consilia* che aveva assunto una buona parte della produzione giuridica li favorisse: e si narrasse di Bartolomeo Socino che aveva

più volte difeso attore e convenuto, di Saliceto che aveva pubblicato due consigli contrarii sulla stessa causa, di Alberico da Rosciate che era stato escluso dal collegio degli avvocati per aver pronunziato pareri contradditorii, tuttavia non tutta la giurisprudenza ne era stata infetta, ed era pei suoi illustri rappresentanti se non per la turba dei consulenti una scienza, la prima scienza d'allora, dopo la teologia, nella quale i metodi potevano essere errati, ma non mancava l'intendimento elevato: e i teoretici fino a Fabro elaboravano dottrine sempre degne di discussione, e i pratici scrivevano trattati dottrinarii dove si gettavano le basi di nuove teorie. Invece dal principio del sec. XVIII la giurisprudenza divenne un'arte, arte di maneggiar le costituzioni, le prammatiche e le gride, di lavorare sovr'esse intralciandone il senso e lo scopo con testi ed autorità di prammatici o consulenti (di diritto romano ben poco si parla a quest'epoca), di aggiustare il meccanismo della *comunis opinio* sui recenti materiali legislativi.

La prima metà del 700 non conta in Italia alcuna individualità nel campo del diritto romano e positivo (tolto Grandi, † 1738 e Averani, † 1742): nessuno emerse tra la folla dei consulenti e dei pratici, la produzione fu anche scarsa: la natura delle cose richiese ed ebbe i repertorii, le *collectanea doctorum*, i teatri del diritto, le prassi universali (Argirò, † 1729, Maradei, † 1720) così gradite alla pratica, e dove ognuno trovava armi adatte per sostenere qualunque opinione. Le allegazioni scritte in un numero stragrande fanno testimonianza della grande povertà intellettuale di questo tempo. Vargas, Vignes, Cirillo (1742), Franchi che ebbero allora fama, non appaiono a noi che pratici ben dotati. Giuseppe Sorge napoletano (1712-1763) che eccelle sugli altri, raccoglitore della giurisprudenza del suo tempo, delle sentenze dei dottori, delle decisioni dei Tribunali (in 22 vol.), riportandone molte in un senso e avvertendo che « non desunt tamen contraria exempla » (e risolveva su questi innumerevoli pezzi acciabattati e presi a prestito, senza nemmeno riscontrarli) è il vero campione della letteratura giuridica del sec. XVIII. Tutte queste opere sono giustamente dimenticate. Però se mancò negli individui l'originalità, i corpi giudiziarii, come la Rota romana e la fiorentina, resero il servizio di conservare le buone tradizioni, lo studio del diritto romano e delle teoriche italiane.

A questa giurisprudenza mosse aspra critica L. A. Muratori (*Dei difetti della giurispr.*), contro il quale ne assunsero le difese i napoletani De-Gennaro, † 1761 e Rapolla, † 1762. Le censure del Muratori facevano eco a quelle contro i teoretici formulate dal grande Leibnitz (1646-1716) il quale nella *Nova methodus discendi iurispr.*, mise in guardia contro le esagerazioni dell'esegesi storica, affermò la necessità di mantenere il diritto in contatto colla pratica, e di ridurlo a un sistema rispondente ai bisogni nuovi, invece di sforzare questi entro i testi romani. E si può dire che queste e altre critiche dirette alla riforma dei metodi avessero un buon risultato, perchè nella 2ª metà del 700, un miglioramento

si verificò negli studii giuridici come nella legislazione. Zirardini, † 1782 e Amaduzzi, † 1792 illustrarono dottamente le antichità romane: e la Toscana produsse Guadagni, † 1785 e Selvaggi che si raccomandano per importanti lavori di critica legale e Fierli che espose nuovi istituti e raccolse importanti materiali per la storia dei dogmi. Questi prepararono una buona generazione di giuristi che tennero alta al principio di questo secolo la scienza italiana.

Ma in generale anche nella scuola poco uso delle fonti romane e invece abbondanza dei compendi, manuali, istituzioni. È perciò che in questo secolo pullularono i *reconcinnatores iuris*, ossia quelli che come Hommel, Wieling si accinsero a ricomporre il diritto romano con altro ordine (1), e gli istituzionisti che in poche pagine formulavano l'essenza del diritto romano (come Pisacane, Gravina, Ferroni a Napoli, Montelatico, Mori-Ubaldini a Firenze, Crispolti a Roma, Sacchi, Garaio in Sicilia, Tartini, Torriani, ecc.) ed ebbero ancora in Italia gran corso quelle di Vinnio, Voet, Noodt e specie quelle superficiali di Eineccio: e alla fine del secolo Pothier e Domat le cui opere armonizzavano colle teorie del diritto naturale allora correnti.

72 (*). L'idea di un diritto indipendente dal positivo, di un gius ideale derivante dalla natura umana, universale ed innato coll'uomo non era nuovo. Tommaso d'Aquino, Campanella, Melantone, Oldendorf avevano già formulato i principii di questo diritto, e Bottero piemontese e Bergamini napoletano ne avevano fatto applicazioni al diritto pubblico: ma fu solo nel sec. XVII che assurse a sistema per opera di Grozio olandese (Huig de Groot, 1583-1645) colla sua opera *De iure belli et pacis*, 1625. Base della sua dottrina era che nell'uomo, essere ragionevole e morale, esiste una tendenza a un'ordinata comunione coi suoi simili. Qui egli determinò, e questo era il nuovo, ogni diritto e anche quello dei singoli. Le materie del diritto privato da lui incompletamente trattate, ebbero ampia esposizione da Samuele Puffendorf (*De jure nat. et gentium*, 1672) da Leibnitz e da Tomasius (1631-1694) che staccarono dal diritto naturale gli obblighi interni assegnandoli alla teologia. Questa teoria secondo cui nelle leggi della sociabilità e comunità gli uomini trovano i principii direttivi della loro vita *giuridica*, e che quindi metteva

(*) **Bibliografia.** — Vinoldi *Notitia scriptorum juris naturæ*, 1723; Buddaei, *Hist. jur. nat.*, 1701; Bonafede. *Storia critica del moderno diritto di natura*; Carmignani, *Storia dell'origine e progr. di filosofia del dir.*, *Scritti inediti*, I-IV, 1853; Hubner, *Hist. du droit naturel*, 2 vol., 1757; Henrichs, *Gesch. des Natur. u. Volkerrechts*, 3, v. 1848-52; Kaltenborn, *Uber die Vorläufer des H. Grotius*, 1848; e i trattati di filosofia del diritto di Hillebrand, Ahrens, Stahl. Cauchy, *Etud. sur Domat. Rev. de legisl.* LXII, LXXIII; Troplong, *L'école de Macchiav. et de Grotius*, id., XXVII.

(1) Sui quali v. Ratjen, *Die ordiner des R. R.*, Z. f. R. G., VII, 277.

da parte il diritto romano, come un'arnese inutile o insufficiente che piuttosto oscurava il diritto naturale, per essere quello un diritto contingente, ebbe anche in Italia seguaci nel sec. XVIII e XIX e da noi fece specialmente scuola lo svizzero Burlamaqui, † 1750.

Il calabrese De Felice, † 1723, il siciliano Spedalieri (1732-1793), Lampredi, † 1793, e i lombardi Barbacovi (*Discorso sulla legisl.*, 1824), De-Simoni (*Sul diritto nat.*, 1822), Finetti, Baroli (*Diritto nat. pubbl. e priv.*, 1837), e sopratutti il potente ingegno di Romagnosi, se ne fecero entusiasti banditori, portandovi anche dell'originalità, e facendone geniali applicazioni al diritto pubblico e a quello delle genti. Queste dottrine filosofico-giuridiche furono le dominanti in Italia nella prima metà dal secolo XIX, e le svolsero in opere lungamente pensate, Rosmini, † 1827 e Taparelli e in trattati elementari Ambrosoli, Albini, Poli, ecc. Ma mentre essi cercavano ricostruire il diritto pubblico e privato sulla ragione e fuori del diritto romano sul quale anzi il giure naturale doveva prevalere; altri parimenti seguaci del diritto naturale ma persistendo a vedere nel diritto romano un diritto razionale per eccellenza, vollero invece far servire quello a prova del gius di natura, e lo adattarono colle idee filosofiche che ognuno professava; intendimento che già avevano avuto Donello e Connano, e che attuò il francese Domat († 1696), il quale nelle sue *Leggi civili disposte nel loro ordine naturale* diffusissime e accreditate nelle scuole italiane, pieno del misticismo religioso di Pascal, scoprì nel diritto romano i principii sacri del cristianesimo, nei giuristi i discepoli di un Dio che avevano ignorato, mostrò la conciliazione dei dogmi del Vangelo colla sapienza romana, e dogmatizzò e confuse teologia e diritto. Il successo e il credito di Domat in Italia anche nel sec. XIX sono indizio delle tendenze in Italia prevalenti. Anche Pothier († 1772) che fu un'autorità presso noi dopo l'introduzione del Cod. francese appartenne alla stessa scuola che riguardava il diritto romano come l'ideale, il vero diritto scientifico, il solo che potesse regolare la vita civile: e a questa appartennero parimenti gli italiani Averani, Del-Rosso, Dell'Oglio, Ronchetti, F. Rossi, 1853, Filippo Briganti, † 1804 ecc.

73 (*). Ma se nella giurisprudenza pratica si era abbassato in Italia il livello scientifico, se mancò nel campo del diritto positivo originalità di pensiero, l'Italia che era stata la culla della politica nel sec. XV, XVI (Machiavelli, Guicciardini, Bottero, ecc.), riprese nel secolo XVIII, il suo posto alla testa del movimento intellettuale nel campo della filosofia politica producendo un genio veramente originale come Giambattista Vico, napoletano (1670-1740) e ri-

(*) **Bibliografia.** — Di Vico scrissero Cattaneo nel *Politecnico*, Cantoni, 1867, Marini, Michelet, Romagnosi, Tonti, 1835, Giuseppe Ferrari, Siciliani, 1871, Flint, Vadalà Papale, *Dati psicologici nella dottrina giuridica e sociale di Vico*, 1889; su Beccaria, Voltaire, 1766, Cantù, 1862; Rinaldini, Vienna 1865, Amati e Buccellati, 1872; Pucelli, 1878. Su questi scrittori vedi Janet, *Hist. de la science politiq.*, II, 513-544.

flettendo col milanese Cesare **Beccaria** († 1794) e col napoletano **Filangeri** († 1788) il movimento della filosofia francese.

Prima che Montesquieu avesse tentato ricondurre a principii generali le diverse leggi politiche e civili, e fondato le regole della politica moderna, Vico, prof. di rettorica a Napoli, mente vastissima, genio poco compreso dal suo tempo e la cui gloria data dal nostro gettava nuove e feconde idee sull'origine e lo sviluppo della società e del diritto collo scritto *Dell'unico principio e fine del diritto universale* (1719) in cui investigò la natura della lotta tra la giustizia e la storia, fra le idee e i fatti, la metafisica e la fisica, e cercò conciliarle congiungendo la ragione coll'autorità, il *vero* col *certo*. Così egli tentò scoprire la ragione uniforme e perpetua della storia e al diritto incerto dei popoli sostituire un gius naturale eterno, il quale si fonda sulla elezione del buono riconosciuto per equo. È la ragione divina, che nel suo concetto, dà all'autorità umana i principii della scienza per fare tale scelta; e questa autorità umana per mezzo della mente li ordina, li rischiara e li generalizza. Sono tre i momenti della giurisprudenza come effetto dei principii di ragione praticati dall'autorità; l'origine che è da Dio, il circolo dentro il quale si fa ritorno a Dio; la coerenza per la quale tutte le cose restano in Dio. Vico cercò l'applicazione di questi principii nella storia romana; e poi nell'altra opera *Principii d'una scienza nuova intorno alla comune natura delle nazioni* (1725), libro scritto con metodo geometrico, dove tutte le scienze si dànno la mano, di tal novità che l'autore pregava di leggerlo tre volte, estese le sue vedute ed applicazioni a tutti i popoli. In quest'opera, movendo come nella precedente dalla idealità dell'uomo partecipe di una idealità superiore e completa, deducendo da questa idealità le condizioni della virtù, della morale, della giustizia e del diritto, attingendo dalla filosofia e dalla filologia, Vico tracciò la storia ideale dell'umanità, riunendo in una vasta sintesi il mondo delle idee colla serie dei fatti. Il suo libro non è opera del secolo XVIII, non si collega a niuna di quelle idee che in quest'epoca si manifestarono in Inghilterra e Francia. Nemmeno si congiunge al XVII, non essendo abbastanza classico. L'idea del mito e di un' idea ciclica delle rivoluzioni e l'assenza totale d'allusione alle istituzioni rivelate indicano uno spirito novatore e indipendente. Vico anticipa il movimento sintetico, congetturale, misto di filosofia e di poesia che regnò nella 1ª metà del secolo XIX e che ebbe per centro la Germania. Egli mise l'Italia, come disse Lerminier, alla testa della giurisprudenza europea per l'ardita iniziativa che aveva preso nella filosofia della storia. Vico è pel suo tempo una personalità isolata perchè ripudiò i concetti storici di Macchiavelli, di Descartes, di Locke, e non divise i sentimenti della filosofia francese che regnava a Milano e a Napoli e quelli di riforma del suo secolo che invece si manifestarono in **Beccaria** e in **Filangieri**, che discendono direttamente dalla scuola francese. Il *Trattato dei delitti e delle pene* di **Beccaria** (§ 79) è dal punto filosofico un' opera assai debole, superficiale; ma tuttavia è libro che merita di vivere e essere lodato pel grande servizio che la sua generosa protesta rese alla causa

della giustizia sociale. Breve, chiaro, declamatorio ma caloroso, sinceramente ispirato all'umanitarismo del secolo XVIII, ebbe un successo immenso e contribuì ad abbattere l'antica procedura criminale, la tortura e la pena di morte. Filangieri, ispirato agli scritti di Montesquieu, è una specie di missionario, che vuol convertire i re alla scuola filosofica, di legislatore filantropo, infatuato del concetto che i governi sono troppo lenti e timidi nelle riforme ma che sono onnipossenti. Fece la storia non delle leggi esistenti, ma delle possibili, cercò i principii delle cose, non respirò che riforme, miglioramenti, verità, giustizia, senza tener sufficiente conto dell'uomo e della storia. Ebbe spirito facile e brillante, studii profondi e varii. Fu famigliare al diritto romano e a tutte le legislazioni di Europa. La sua *Scienza della legislazione* che fu detta le *Mille ed una notte della politica* (Villemain), contiene la teoria del diritto costituendo, mentre Montesquieu aveva scritto quella del diritto costituito. Un re, Ferdinando IV, si lasciò affascinare dal sogno di poter realizzare la società ideata dal Filangeri, e fondò a Caserta l'arcadica colonia di S. Leucio che doveva vivere secondo le leggi dei filosofi. Questi pensatori audaci e combattenti avevano già inaugurato in Italia l'epoca di rivoluzione intellettuale, che si preparò indipendentemente e anzi contro le masse popolari soddisfatte nella loro ignoranza e che parve per un momento essere condotta e favorita dai principi stessi; breve illusione alla quale seguì presto il disinganno, chè i principi presto si spaventarono di quel poco che avevano fatto e delle speranze suscitate e reagirono. Si ritornò alla politica del *quieta non movere*; e l'opera dei pensatori sarebbe tutta perita e l'Italia sarebbe rimasta come era, politicamente, e in parte anche socialmente e intellettualmente, se non fosse venuta di fuori la forte scossa della rivoluzione francese.

CAPO XXII.

LA GIURISPRUDENZA ITALIANA NEL PRESENTE SECOLO.

74. I fattori che nel secolo XIX ebbero un'indubbia azione anche in Italia pel rinnovamento degli studi giuridici, sono la codificazione francese e il rinnovamento degli studi giuridici compiutosi in Germania, per opera della scuola storica di Hugo (1764-1844) e di Federico Carlo Savigny (1779-1861) come della filosofica di Thibaut (1772-1840) e di Hegel (1770-1831).

L'introduzione del Cod. francese in Italia se ebbe l'inconveniente di spezzare le tradizioni giuridiche nostrane e di mettere in oblio buone dottrine ed eccellenti scrittori, servì però a liberare la scienza ed il pensiero da quegli impedimenti scolastici che si erano perpetuati dal sec. XVI in avanti, e da quelle opere cattive (decisionisti, repertorii, formularii, cautele), che ingombravano il campo. Il Codice napoleonico non trovò i nostri giureconsulti preparati a comprenderlo e ad applicarlo e la fretta con cui venne introdotto

in Italia rese impossibile qualsiasi studio; e in conseguenza fu necessario ricorrere alla letteratura francese, che ai suoi primordii fu eccessivamente pratica, gretta, attaccata alla parola, e vennero tradotti i commentarii (Gin, Toullier, Duranton), i repertorii (Merlin, Dalloz), e i trattati speciali di questo primo periodo; e siccome buona parte delle leggi francesi passarono nelle codificazioni posteriori al 1815, anche la letteratura sorta attorno queste si mantenne pedissequa alla francese che però i lavori dei romanisti francesi della scuola di Giraud, e quelli di Troplong, di Zachariae, ecc., elevati anche nelle scuole e nei tribunali italiani all'onore di autorità, avevano migliorata e posta sopra una base scientifica. Gran parte delle opere giuridiche uscite specialmente nel regno delle Due Sicilie dopo il 1819 sono compilazioni dei libri e dei giudicati francesi, oppure traduzioni di tutto quello che vedeva la luce a Parigi in diritto civile, commerciale, penale e processuale (Mourlon, Garnier, Pardessus, Faustin-Hélie, Bonnier, La Porte). L'Italia forense aveva rinunciata alla sua individualità, che in parte invece conservò l'Italia scientifica.

La scuola storica che sosteneva l'evoluzione logica del diritto, che voleva ricercare le origini di ogni principio non pei bisogni pratici ma in se stesso per arrivare alla conoscenza dell'intero organismo scientifico e si opponeva alle codificazioni — come la filosofica che sosteneva la creazione razionale del diritto e difendeva le codificazioni dicendo che il diritto romano non si poteva adattare alle nuove società, che era necessario bandirlo per sostituirvi leggi cavate fuori dai principii della ragione, leggi nazionali modellate secondo l'indole, gli usi e le tendenze dei popoli, fecondando le antiche colle ispirazioni filosofiche del secolo, — queste due scuole, senza provocare in Italia quelle lotte che avvennero in Germania fra Savigny, Goeschen, ecc. da una parte, Thibaut, Feuerbach, ecc. dall'altra (1), esercitarono una grande influenza nell'indirizzo degli studii giuridici e vi provocarono un risveglio di attività in tutta Italia, ma specialmente nel Piemonte, in Toscana e a Napoli, i paesi più aperti ai movimenti intellettuali del secolo e dove le ardite intelligenze potevano o sapevano, malgrado la censura, liberamente spaziare nei campi della scienza.

Imperocchè in linea generale nei ducati la compressione tirannica e sospettosa delle idee esercitate per mezzo di una ridicola censura, anche

(1) Bluntschli, *Die neueren Rechtschulen d. deutsch. Jurist.*, 1839; Biener, *Streit der hist. u. philos. Schule*, *Abhandl. aus d. Gebiet d. Rechtsgesch.*, 1848, 3-17; Hölder, *Savigny u. Feuerbach*, 1881; Tempia, *Della codificaz. civile. Rassegna nazion.*, 1885; Icilio Vanni, *I giuristi della scuola storica*, *Riv. di filos. scient.*, IV, 1885; Brugi, *I romanisti della scuola stor.*, *Circ. giurid.*, 1883.

nel campo della giurisprudenza, impedì gli studi sul diritto e la censura vietando l'ingresso delle opere francesi e tedesche (ritenute ereticali, razionaliste), tolse che si traessero sussidi dagli studi e sistemi stranieri: e quindi i ducati (salve poche eccezioni: Bosellini a Modena, dotto giurista ed economista, il primo che trattò del telegrafo e scrisse sulla *Mezzadria*, i *Vitalizii*, l'*Espropriazione*, nella Temi; Chiesi a Reggio che illustrò i testamenti e le ipoteche; Melegari a Parma, ingegno robusto che basava il suo ragionamento sul diritto romano senza abborrire il francese) quasi nulla produssero e la giurisprudenza loro alle leggi infranciosate diede interpretazioni false e applicazioni goffe. In Italia la scuola storica ebbe rappresentanti sparsi qua e là. In Toscana, Del Rosso, Conticini, romanisti, Capei, Francesco Forti (1806-1838), nudrito a larghi studi storici che il breve vivere non gli diede tempo di coordinare e appurare, scrittore di *Istituzioni* e trattati (sulla dote, sul peculio, ecc.) che sebbene imperfetti portano impronte di valore e sapere. In Piemonte, Federico Sclopis (1798-1878) (v. § 3), Baudi di Vesme (1809-1877) che illustrò il *Cod. Theod.*, la storia della proprietà; Fossati, Peyron, Cibrario. In Sicilia, Emerico Amari (1810-1870) di cui è celebre la sua *Critica di una scienza delle legislazioni comparate* (1857), Diego Orlando che illustrò specialmente il diritto normanno e svevo. A Napoli, Ulloa fece studi storici sul diritto penale, Guarini studiò le finanze romane, De Vincentiis rivendicò storicamente l'influenza del diritto romano nella civiltà europea, Lomonaco († 1883), facendo la storia del principio della legislazione (1844) mostrò l'azione del diritto romano e germanico in Italia, come furono modificati i principii razionali, precisò l'influenza delle leggi francesi e come il diritto napoletano uscì dal romano, canonico e germanico.

I concetti della scuola storica erano i seguenti: il diritto non è norma assoluta, un' istituzione generica o estranea all' indole dei luoghi, ma una funzione attiva dello spirito nazionale, una manifestazione della vita reale che è in intimo rapporto coll'indole e il carattere del popolo di cui è questo diritto. Il legislatore non ha che una funzione secondaria, quella cioè di togliere gli ostacoli che si frapponessero allo sviluppo naturale delle istituzioni e dare alle esistenti la vita giuridica mediante pubblica sanzione. Non si deve venerare ciecamente il dir. rom., ma ricercare in esso, come nel germanico e nell'antica giurisprudenza (che compongono il nostro diritto moderno) fino alla radice ogni dottrina del passato e scoprire il principio organico di modo che quanto è vivo, si stacchi dalle parti morte che restano nel dominio della storia.

I concetti della scuola filosofica si possono così riassumere: il diritto è scolpito nel cuore umano come una norma costante che non ha a piegarsi alle varie condizioni locali; è una matematica dei rapporti giuridici; gli studi storici sono curiosità ed erudizione. Il legislatore è onnipotente. I Codici devono essere studiati in sè, indipendentemente dai diritti passati.

La scuola filosofica ebbe i suoi campioni specialmente a Napoli dove in straordinaria voga era la filosofia tedesca. Qui il diritto francese aveva messo in seconda linea il diritto romano e studio precipuo era

divenuto il giure patrio. Il presidente dell'Università e arcivescovo di Napoli **Mazzetti** voleva abolire le cattedre di diritto romano e sostituirvi corsi di legislazione filosofica e comparata, ed il prof. **Salv. Marchese** di Catania proclamava lo studio di esso pregiudicevole alla cultura filosofica e giuridica, e altri stamparono non doversi ricorrere al dir. rom. nemmeno nel silenzio del Codice, perchè pel giurista non esistono vere lacune nelle leggi (1); e un **De Thomasis** si accinse a purgare il *Corpus juris* da ciò che era invecchiato e inapplicabile e ad insegnare quello che era ancora vitale solo come consigli non come regole obbligatorie. Questi insegnamenti si esplicarono poi nei trattati di diritto patrio delle Due Sicilie del **Torelli**, 1824, **Miraglia**, 1841, **Giordano**, 1843, dove al giure romano fu fatto un posto sempre più secondario. Lo stesso **Agresti** (n. 1776), sebbene romanista di valore, non solo volle limitare l'azione del diritto romano, ma lo disprezzò e ne cercò gli errori, e fautore dei nuovi Codici, colla sua grande e meritata autorità, sostenne che questi bene interpretati contengono la soluzione di tutti i problemi, ed egli mostrò infatti saperne scoprire e penetrare i principii generali; combattè quelli che falsavano le nuove leggi col ricorrere alle romane e invece di stare alle regole generali dedotte dallo spirito del Codice cercavano la legge romana da applicare alla specie, errando spesso. L'**Agresti** si servì del diritto romano per ragione di metodo e di base filosofica, come gli Olandesi, ma non ne fece un uso concorrente al diritto patrio (2). Però a Napoli la filosofia non si mantenne sempre isolata ma si sposò colla storia. Così fece il **Nicolini** (1774-1857), mente superiore il quale nelle sue illustrazioni alla procedura mostrò come la speculazione filosofica possa accoppiarsi a grande penetrazione con tutti i segreti della pratica: egli la sollevò dall'esegesi arida e dalla fredda casistica che segue terra a terra le forme del rito. Ed oltre questi: **Capitelli** († 1854), che scrisse poco e cercò imitare **Vico**; **Roberto Savarese** (1805-1857); **Nicola Rocco** (1811-1877) sommo maestro nel diritto internazionale privato; **Muzzarella**, e **Giuseppe Pisanelli** (1852-1879).

In Lombardia la stessa tendenza filosofico-giuridica si esplicò coll'**Ambrosoli** (1846), **Pellegrino Rossi** e **Poli**; in Piemonte con **Buoncompagni** (1848); col **Conforti** (*Sull'influenza del sensismo nella legisl. crimin.*) e col **Mancini**, † 1888, questi due di patria napoletani: e col **Mamiani**, † 1886, col **Pescatore**, † 1879, profondo giurista e pensatore. Ma sovra tutti, come aquila, alla scuola filosofica si ascrisse un genio, **Gian Dom. Romagnosi** (parmigiano, 1761-1835), grande in filosofia, in matematica, in storia, scienze naturali e statistica, in diritto pubblico e privato, che con ampiezza di vedute, rigore di raziocinio, esattezza di formole e di progressione logica, riassunse e ordinò in sistema

(1) **Mazzetti**, *Progetto di riforma della P. Istr.*, 1811; **Marchese**, *Ore solitarie di Mancini*, 1844, p. 129-158; **Mastrangelo**, *Della novazione di nov. opera quale era, quale è, quale potrebbe essere*, 1845; *Dell'abuso del d. rom.*, 1842.

(2) Professore a Parigi; *Idee sul perfezion. della legisl. positiva*, 1804; *Saggi sulle leggi civili*, 1805; *Decis. delle gran Corti civili*, 1827.

le scienze sociali, ottimo maestro per avvezzare l'ingegno a sforzi vigorosi e a toglierlo dalle pastoie di un tecnicismo trito e volgare (1).

75. La tendenza filosofica soffocò, nella 1ª metà di questo secolo, il diritto romano. Trascurate le fonti, ignorata la profonda esegesi storica e dogmatica, tutto lo studio era ridotto a brevi e magre istituzioni in cui contenevasi quanto bastava a dare un' idea di quel diritto e gli elementi di un sistema schematico.

Quindi innumerevoli i trattati di istituzioni nostrani e stranieri (Mackeldey, Haimberger, Toboni e Tonso in Torino, Torricelli e Vermiglioli negli Stati pontificii, ecc.), i più di nessun valore. E anche nello Stato pontificio dove il diritto romano si era mantenuto con forza di legge e dove la Rota aveva conservato le buone tradizioni romanistiche, non fecero testo che gli istituzionisti antichi (Vinnio, Voet, Eineccio) e la produzione locale fu meschina e consistè in compendii e repertorii e dizionarii (Patriarca, Belli, 1843), inferiori ai dizionarii che avevano fatto Foramiti pel Lombardo-Veneto, Diaz per Napoli, Civini e Donati per la Toscana. Il miglioramento negli studii di diritto romano si annunciò nella seconda metà e proseguì e crebbe; e in questa impresa di formare i giuristi sopra una solida base di cultura romanistica si distinsero coll'insegnamento e cogli scritti Barinetti, Bellavite, Doveri, Polignani, Conticini, ecc. E migliorò ancora la letteratura giuridica civile e commerciale, come mostrano gli eccellenti lavori di Carabelli, Giovanardi e Cannetti sul diritto ipotecario, di Poggi, di Borsari, † 1888, del palermitano Jannelli e del piemontese Giovanetti, sommo in materia d'acque.

76. Questo secolo vide spuntare una novità, i giornali giuridici e venire in gran fiore l'eloquenza forense a cui fino allora il procedimento segreto e l'uso della lingua latina o dialettale avevano impedito di sorgere a vera altezza; ed aveva essa dovuto lasciare il posto alle barbare prolissità delle scritture od allegazioni legali.

Fu nel passato celebre il foro veneto ma non lasciò vestigia causa l'uso del vernacolo che non comporta i gravi movimenti dell'eloquenza. Grande rinomanza ebbe pure il foro napoletano (v. § 94) nel sec. XVII e i contemporanei celebrano la facondia di alcuni oratori e la loro facilità di improvvisare; ma di tale eloquenza niun giudizio noi possiamo dare. Coi mutati ordini processuali si illustrò il foro napoletano che ebbe anche tanta parte nel movimento politico di quel paese. Contò oratori di grande grido, come Poerio, Conforti, Serra, Marini, Tarantini. La Toscana annoverò celebri difensori criminali fra cui Salvagnoli, Carmignani, il restauratore della scienza penale le cui difese sono esempio di eloquenza civile, di originalità, d'esattezza e acume scientifico, di chia-

(1) Su Romagnosi v. Ferrari, 1835, Cantù, Levi, 1882, Rossi, Vadalà-Papale nella *Rivista italiana delle scienze giurid.*, III, 1887; Nova, *Mem. e doc. per la storia dell'Università di Pavia*, I, 341-391. Su Nicolini v. Ortolan, *Rev. de legisl.*, XXII.

rezza nell'esposizione, ordine nella deduzione, vigore di argomentazione, movimento oratorio, bellezza di forma, ricchezza di portentosa erudizione giuridica, filosofica, storica e letteraria (Zanardelli, *L'avvocatura*).
Sui giornali vedi i §§ 98-101.

CAPO XXIII.

GLI SCRITTORI DI DIRITTO COMMERCIALE (*).

77. Povero di fonti legislative fu il diritto commerciale nel medio evo, soltanto governato dalla *consuetudo* o *stylus mercatorum* (v. § 51) fino al giorno in cui il diritto romano, divenuto *jus comune*, non completò l'insufficienza degli usi e de' statuti locali. Con questo valido sussidio la giurisprudenza italiana diede all'Europa tutta un diritto commerciale completo ed organico nel quale le nuove forme contrattuali furono disciplinate e i principii che il diritto comune non riconosceva ma che pure imperavano ed erano effetto e causa insieme di nuovi rapporti e vincoli, furono inseriti nel complesso delle dottrine giuridiche allora vigenti. Al commercio italiano e alla scienza italiana sono dovute l'origine e la trattazione dottrinale dei contratti di cambio, società, commissione, assicurazione, ecc.; e le dottrine da essa formulate, prodigiosa opera scientifica, rimasero la base di ogni ulteriore progresso.

E se la scoperta della via marittima alle Indie e altre circostanze arrestarono il commercio italiano, e fecero entrare in lizza gli Stati atlantici, l'Italia non perdè tosto la sua supremazia nella scienza giuridica commerciale e le opere immortali di Benvenuto Stracca, anconetano (1509-1578), di Scaccia, genovese, 1618, di De Luca, di De Turris, genovese (*De cambiis*, 1641), di Rocco, napoletano, 1655, di Casaregis, genovese, uditore a Firenze (1670-1737), di Ansaldo, fiorentino (1651-1719) (*De comm. et mercat.*, 1689), diedero norme giuridiche al movimento commerciale che si svolgeva per tutta Europa ed elevarono a teoria particolare le norme che regolavano i traffici mercantili. Se il difficilissimo lavoro non raggiunse la sua perfezione, non essendo essi riusciti a presentare rigorosamente determinati i limiti del diritto commerciale, tuttavia essi ne furono i veri fondatori, e i primi furono a studiare ed esporre le nuove forme di vincoli contrattuali sulla scorta del diritto romano e canonico. Tutto studiarono e spiegarono, è vero, colle teorie romane, ma non si resero schiavi delle formole

(*) **Bibliografia.** — Vedi le introduzioni di Pardessus (cit. § 5); Goldschmidt, *H. B. des Handelsrecht*, 1, 1874, § 5, 8, 26; Marghieri, *Diritto comm. ital.*, 2ª ediz., 1886, 1, 13-87; Endemann, *Beiträge zur Handels-R. im Mittelalt. Zeitschrift f. H. R.* V., 333-414.

schematiche di questo diritto, e l'adattamento a quelle dottrine fu più apparente che reale; e quindi usando della giurisprudenza romana per la sua perfezione come strumento di metodo, fecero sì che anche gli istituti interamente nuovi, non che soffrire si avvantaggiarono piuttosto nella loro costruzione giuridica. Soltanto il sistema soverchiamente esegetico, casistico, analitico, che prevalse in quasi tutti gli scrittori di quel tempo, impedì loro di dare una determinazione complessiva ai varii istituti; e si deve a questo fatto e a questo indirizzo della scienza se la legislazione costituita dagli statuti, ordinanze, regolamenti non riconobbe le nuove forme con nozioni severamente definite; e meglio che precisarne i concetti, mirò a regolarne i particolari effetti fra le parti.

Fino al tempo di Stracca, Bartolo era considerato come un' autorità su cui pensare non una ma due e più volte. Poi venivano Baldo, Alessandro Tartagna, ecc.; e poichè il diritto commerciale era confuso col civile, molti punti relativi al commercio erano sviluppati negli *in-folio* dei commentatori e *scribentes*. I primi saggi di una letteratura commerciale autonoma cominciano con Balducci, Pegolotti 1343, e Antonio Uzzano (*Pratica di mercatura*); a cui tien dietro una ricca letteratura giuridico-teologica (*casus coscientiæ*) di autori specialmente francesi e spagnuoli (Nider, Molinaeus, Gibalinus). Al secolo XVI appaiono lavori più estesi, come il trattato di Buoninsegni sui cambi e la vendita a credenza. Liberi da ogni influenza scolastica sono nella forma Stracca e Ansaldo, nel contenuto Scaccia e Casaregis. Importanti per la storia del diritto comm. sono le *Rotæ Genuæ de mercatura decisiones* (metà secolo XVI, molte ediz.) e le *Decis. fori mercatorum Bononiæ*, auct. Gargiareo, 1647; le *Ponderazioni marittime* di Targa, il *Negoziante* del Peri.

Avvenuta la codificazione francese, gli studi si limitarono in Italia a un'interpretazione de' nuovi testi, seguendo i metodi e le opinioni degli scrittori francesi, invece di ricostruire sugli scrittori, statuti, leggi patrie, e così fu spezzata ogni tradizione nostrana. In questo periodo (sec. XIX) meritano a preferenza di essere ricordati il genovese Parodi, 1854, i romani Cesarini, 1840, Carnevalini, 1846: Montanelli per la Toscana, 1847, Cipelli per Parma, Castelli, Piantanida e Costi pel Lombardo-Veneto. La letteratura sarda (Albertazzi, Prasca, Paroletti, ecc.) manca di originalità.

CAPO XXIV.

LA GIURISPRUDENZA CRIMINALE E PROCESSUALE.

78. Il risorgimento della scienza romana servì ad aprire nuovi orizzonti nel campo del diritto criminale. Commentando i *libri terribiles* del Codice e del Digesto, i glossatori scoprirono e misero in evidenza un sistema penale perfezionato e ben superiore a quello che allora vigeva nei tribunali italiani; ma i loro studii si man-

tennero nel campo della teoria, come parimenti facevano pel diritto civile, nè giovarono alla pratica, nè fecero del diritto penale una scienza autonoma. Fu solo coi commentatori, cioè con Bartolo e Baldo, ecc., che il commento alle materie penali romane fu in qualche punto sposato all'esposizione del diritto penale statutario: e poichè essi erano anche pratici e coprivano alte cariche pubbliche nelle città, così cercarono l'applicazione di qualche concetto o di penalità romane, e tentarono ridurre a sistema sulla base romana le istituzioni penali vigenti. Col sec. XIV, cominciasi da alcuni a separare la scienza penale dal corpo del diritto; e Alberto Gandini fu il primo che scrisse un'opera riputatissima sul diritto e la procedura penale (*De maleficiis*), fondata sulla scienza romana e sui molti casi da lui osservati nella sua lunga pratica. Egli inaugurò la serie dei criminalisti che fu però poco numerosa fino al sec. XVI, continuandosi dai commentatori del diritto romano a mantenere unita la trattazione delle materie penali colle civili. Nel XIV si ha Jacopo di Belviso († 1335) che compose una *Practica criminalis* e nel XV Angelo de Gambilionibus Aretino († 1445) che scrisse un commentario a un finto testo molto accreditato e per la personalità dell'autore che era un dotto e un pratico e per l'abbondanza della materia, vero repertorio del diritto del suo tempo che fu commentato e molte volte edito. Questi scrittori assottigliando l'ingegno e inneggiando alla equità del gius romano e canonico introdussero utili germi nelle materie criminali e prepararono materiali per timide riforme, benchè allora vigessero leggi ferree, procedimenti tenebrosi, istituzioni arbitrarie.

Al sec. XVI questi germi presero straordinario rigoglio e la scienza criminale si affermò indipendente, fecesi organica, sciogliendosi in parte dalle tradizioni romane e assurgendo spesso a vera originalità. L'Italia diede nel XVI e XVII sec. all'Europa una schiera di criminalisti che fecero autorità nelle scuole e nei tribunali fino al secolo scorso.

Ricordiamo Ippolito de Marsiliis, † 1525, i cui scritti sono molto importanti per la storia del processo criminale in Italia; Antonio de Canario, Bonicontro, Garrato, Grilando, Bossio, † 1546, Marco Ant. Blanco, † 1548, Tiberio Deciano, † 1581, G. B. Ziletti, † 1567, Bonifacio de Vitalini, Rossi (Rubeus), † 1544, padovano che nel suo *De potestate procuratoris defensionis* sostenne la libertà della difesa; e sopra tutti Giulio Claro (1525-1575), milanese, che in una specie di enciclopedia giuridica (*Receptae sentent.*) trattò del diritto e della procedura penale, facendosi notare per una grande dottrina ed erudizione congiunta a grande esperienza che gli veniva dalla pratica, per la singolare libertà dello spirito con cui elevasi sulla tradizione e le dottrine romane non che sulla teoria e pratica del suo tempo, le quali tutte spesso con risolutezza e

precisione combatte, indicando quello che poteva essere conservato e quello che dovevasi abolire. La sua opera ebbe molta autorità anche in Germania, specie per l'uso che ne fece il celebre giurista di Lipsia, Carpzovio (1595-1666). Claro volle combattere l'arbitrario e le crudeltà che macchiavano la pratica del suo tempo. Prospero Farinaccio (1554-1618), romano, sebbene abbia scritto moltissimo (13 vol. in fol.) e abbia avuto grandissima fama, non ha certo l'importanza scientifica di Claro. A parte la mancanza di scrupoli nel difendere le cause meno oneste come avvocato, vizio di cui lo rimproveravano i contemporanei, e l'eccessiva severità come procuratore fiscale, Farinaccio non fece che semplici compilazioni, immensi repertorii di tutte le opinioni sostenute dagli scrittori nelle molteplici controversie penali, fondandosi sulla pratica e senza risalire ai principii generali e filosofici; non ebbe iniziativa, nè concetti originali, ma invece ripetè il vecchio e male, svisando le teorie dei predecessori in quello che avevano di più ardito: non fu novatore nè stette coi novatori. Usò dei peggiori metodi scolastici, e abusò del precetto bartoliano « *qui bene distinguit, bene docet* » come del sistema delle limitazioni e ampliazioni portandole all'infinito e rendendo impossibile seguirlo dal punto di partenza nei suoi tortuosi laberinti dialettici.

Criminalisti di minore importanza dal sec. XVI alla metà del XVIII sono Ambrosino Tranquillo e Locatelli, † 1580, che scrissero sul processo inquisitorio e la tortura, Bonacossi, † 1591, Cavazza, † 1609, Rainaldi, 1659, Carrerio, † 1626, Caballo, De Federicis, Fermosini, Cipolla, che illustrarono o con trattati o consilii e decisioni molte questioni criminali; Menocchio, † 1607, di cui sono celebri i commentarii sulle presunzioni e gli indizii; Guazzini, † 1650 che, trattò della pace e tregua; Bavoz e Fabro che esposero il diritto penale piemontese e savoiardo; Tapia, Rovita, Maradei, Muscatello, † 1600, Grammatico, † 1556, Follerio, † 1590, Persio, 1640, Crispo, 1678, Broya, espositori del diritto penale napoletano, Giurba del siciliano, e inoltre Gizzarelli, Cartario, De Balli, Marciano; Zacchia, Fraveth, 1781, che trattarono l'uno la medicina legale, l'altro la pratica militare napoletana.

Le dottrine di questi trattatisti e pratici non costituivano però un sistema scientifico e i loro voti, benchè non difettassero di dottrina e di sottigliezza scolastica, non erano che sforzi abilissimi per temperare con umano criterio il barbarismo delle leggi e le crudezze e gli arbitri giudiziali di quei tempi. In nessuna parte del diritto vi erano tante istituzioni e massime così antiquate e in arretrato col movimento del pensiero come nel campo criminale. Qui leggi confuse e incerte, pene atroci, incriminazioni esagerate, sistemi di prove assurdi. Al principio del secolo XVIII gli eccessi erano portati al colmo, perchè ogni secolo aveva accresciuto il patrimonio funesto ereditato dal passato. Alcuni giuristi negli Stati della Chiesa (Ursaia e Miroglia), a Napoli (Caravita), e in Toscana (Caballo e Sabelli), senza atteggiarsi a novatori, avevano con distinzioni scolastiche insegnato alla pratica scappatoie per non applicare

il rigore delle leggi. Anzi in Toscana fin dall'epoca medicea e dai primi tempi dei lorenesi erasi formata una scienza criminale abbastanza mite e moderatrice delle leggi e si può dire che la dottrina e la temperanza illuminata dei suoi decisionisti (quali Tosi, Armaleoni, Salvetti, Mazzini, Santucci, Brichieri, Colombi) precedettero le riforme di Leopoldo II, le quali non apparivano come una novità e trovarono difatti forti ed eccellenti interpreti (Maccioni, Urbani, Giusti, ecc.).

79. Fu solo col diffondersi dello spirito filosofico che partiva dagli enciclopedisti francesi e dei metodi razionali, che i giuristi invece di sofisticare sulle leggi e le loro applicazioni, ne attaccarono la base e posero il problema della ragione delle pene e della legittimità dell'azione sociale sui diritti dell'individuo. Iniziarono questa campagna che riescì a risultati di importanza e di effetti mondiali Tommaso Natale in Sicilia (1735-1819), Tommaso Briganti (1725-1804) che nel 1747 a Napoli pubblicava una pratica criminale preludio di utili riforme, specie processuali, e sopratutti meritamente famoso Cesare Beccaria (§ 74), i quali sostennero che il diritto di punire si fonda sul contratto sociale, assalirono la triplice tirannide del diritto romano, canonico e dell'*auctoritas doctorum,* e con essa l'autorità politica ne' suoi eccessi più appariscenti. Il libro del Beccaria scritto da filosofo, senza riguardo ai forensi segnò un vero avvenimento e fu fattore di una rivoluzione. Le sue profonde dottrine sull'origine della pena, sul suo fine di prevenzione, sulla sua indole esemplare, le sue calde parole contro le pene capitali e infamanti, la tortura e il processo inquisitorio, e in favore di pene miti e del rispetto ai diritti dell'uomo ebbero un'eco immensa nelle scuole e nelle corti. Tradotte, chiosate e combattute anche (1) suscitarono ovunque aspirazioni per migliorare le istituzioni penali e mitigare le leggi. Beccaria fece crollare tutto l'edificio della scienza e pratica contemporanea. L'Italia con lui provocò per la prima volta quegli studi scientifici che sono continuamente oggetto di esame da parte dei legislatori e di tutti gli amici dell'umanità: attuò le prime riforme e influì sulle legislazioni degli altri paesi. Leopoldo di Toscana nel 1786 mise in pratica alcune delle dottrine di Beccaria, abolì la tortura, le prove privilegiate, le pene straordinarie, la pena di morte e la confisca, restrinse i processi politici e quelli di lesa maestà; e il suo esempio servì agli altri governanti ad attuare alcune riforme sia nel procedimento sia nei sistemi peni-

(1) Le oppugnarono Malerba, a Palermo, Rusca, 1776, a Lugano, sostenitori anche della tortura. Montanari, a Verona, propugnatore della pena di morte. Giudici, che fece l'*Apologia delle leggi rom.*, 1784, Roggeri, a Roma, 1789, De Simoni, 1785, in Lombardia, che favorì l'arbitrio del giudice ammettendo le prove privilegiate.

tenziarii, principio delle quali era che l'individuo come scopo dell'ordine sociale debba rispettarsi in tutte le forme della sua vita, sicchè la pena non abbia mai a cancellare nel reo la nota di uomo.

Anche la dottrina si mise sulla via aperta da Beccaria. Pinelli, 1780, e Bernardi combatterono la pena di morte. Mario Pagano, † 1800 sviluppò le nuove dottrine ne'suoi Saggi politici e in un progetto di Codice penale; M. Delfico († 1835), a Napoli nel 1791 denigrò i romani come micidiali alla umanità e autori di leggi che ai moderni trasfusero il despotismo e l'intolleranza e lavorò per basare il diritto sulla ragione e non sulle vecchie dottrine forensi. Il rinnovamento negli studii criminali inaugurato da Beccaria ed in genere dagli studii filosofici fu profondo anche in quelli che non ne divisero l'indirizzo e seguirono la scuola critico-forense fondata dal Renazzi, 1742-1808, il quale nel 1771 tentò dare alla scienza la forma sistematica e propugnò la mitezza delle pene. Questi che non accolsero le dottrine del Beccaria sull'indole ed imputabilità del reato — come Carcani, Palmieri, Galanti a Napoli; Paoletti, Tommaso Nani, † 1813, Biondi, Cremani, 1799, Poggi in Toscana, Risi in Lombardia, — contribuirono però potentemente a spogliare il diritto penale e il procedimento del terrore che presentava nel passato. In questo secolo due interpreti poderosi trovò la scuola politico-filosofica del Beccaria; e furono Carmignani, † 1847, e Romagnosi (v. § 75), che le diedero scientifica severità.

Gli studii sulla legislazione penale ebbero nuovo impulso nei lavori preparatorii ordinati nel 1806 da Napoleone I per un Codice penale e un Regolamento processuale, i quali riuscirono migliori dei francesi (v. § 96). La sapienza italiana non fu servile: nel Regno italico furono discusse le leggi penali con libertà e dottrina. A quei lavori presero parte illustri criminalisti (Paolini, Cremani, Renazzi, Nani, Raffaelli) e i *motivi* pubblicati contengono tesori di sapienza legislativa (1). Grande dottrina contengono pure i commenti del Codice penale di Alberici, i lavori di Dolce, di Barbacovi, di De Simoni, 1740-1822 (sul furto e l'attentato), di Marocco e del toscano Paolini. Anche a Napoli il Codice penale francese non ebbe intero dominio perchè qui pure il diritto penale era più avanti che in Francia. Nel 1809 Vecchioni aveva svolto una teoria di legislazione penale, combattendo il principio di intimidazione e sostenendo la pubblicità dei giudizii. Nel 1814 Pasquale Liberatore aprì nuove vie con importanti discussioni storiche e osservazioni acute: e inaugurò una scuola che contò Fr.-Lauria, † 1826, critico acuto delle leggi romane, espositore dotto dei principii filosofici che deve guidare il legislatore; Raffaelli, † 1826, sottile, mancante di senso pratico, acuto nel ricercare mezzi per prevenire i reati, ma che rese i suoi lavori di lettura ingrata per l'abuso di parole greche; Ulloa, Canofari, De Marco, Capitelli e Roberti pregevole questi tanto dal lato della scienza che dell'utilità pratica, e sopratutti Nicolini grande procedurista, conoscitore del diritto romano, anelante a istituzioni liberali. In Sicilia Foderà svolse le idee di Bentham ma con spirito indipendente

(1) *Collezione dei travagli pei Codici del Regno d'Italia*, Brescia, 1807.

e illuminandole col senso della pratica. Nel Lombardo-Veneto, sotto l'Austria la scuola dei criminalisti politico-filosofici rimase paralizzata: dopo il 1853 si ebbe qualche lavoro di carattere speculativo e metafisico ma abbandonato il tesoro delle patrie dottrine, si ricorreva alle speculazioni germaniche. In Piemonte qualche commentario (Ferrero, 1828, Buniva, Paroletti, 1840), ma di nessuna importanza: così a Parma (Rossi): negli Stati pontifici alcuni lavori pratici (Contoli, Bustelli, Ala, Marini, 1842, Caramelli, 1847), ma sopratutti quelli di Giuliani, 1840, scrittore di molta fama, le cui dottrine avevano molta esattezza teorico-pratica, ed erano affini a quelle di Carmignani: in Toscana, Mori e Bonfanti: a Modena, Brugnoli, 1846. Influì su questa ricca letteratura il grande amore che si ebbe in Italia per la filosofia del diritto, trattata con robustezza di mente e con varie tendenze da Rosmini, Poli, Taparelli, Ambrosoli, ecc., che tutti svolsero anche le relazioni fra diritto e pena e le condizioni sotto cui deve costituirsi la legislazione penale. Le splendide tradizioni della scuola italiana, così detta classica, continuarono sino ai giorni nostri (Carrara, † 1887).

SEZIONE QUARTA — Legislazione moderna.

CAPO XXV.

LEGISLAZIONE PIEMONTESE E SARDA (*).

80. Nel Piemonte specie dell'alto, si erano formate consuetudini derivanti dalle leggi borgognone, longobarde e franche; non vi mancavano però gli elementi romani. Il primo a codificarle in piccola parte e a correggerle o completarle con opera personale di legislatore fu Pietro II, i cui statuti sono il primo vero monumento legislativo di Casa Savoia.

Furono emanati fra il 1263-68, dopo di essere stati deliberati coi nobili e popolani; erano destinati a regolare le materie più importanti del procedimento, del diritto criminale e civile e dell'arte notarile; constano di 23 articoli a noi non giunti nella forma originale ma secondo posteriori rimaneggiamenti. Nel 1318 Amedeo V, nel 1319 Filippo di Acaia (leggi contro l'usura praticata dagli Ebrei), nel 1325 Edoardo, nel 1329, 1336 (*Ordinationes Parlamenti Ambroniaci*) Aimone emanarono altri provvedimenti pei loro Stati; ma solo gli statuti del 1379 di Amedeo VI segnano una fase importante nello svolgimento dell'antico diritto pubblico e privato sabaudo-piemontese. A lui parimenti appartengono gli statuti (1351) relativi all'ordinamento finanziario dei suoi stati, dai quali originò la Camera dei Conti nella Monarchia di Savoia, e ai quali si

---

(*) **Bibliografia.** — Sclopis, *Storia dell'antica legislazione del Piemonte*, 1835, e *Storia d. legisl. ital.*, II, 447 segg.; Dionisotti, *Storia della magistratura piemontese*, 2 vol., 1881 — e le note seguenti.

connettono quelli del 1389 promulgati da Bona Contessa di Savoia e da Amedeo VII (1). Tutte queste leggi furono da Amedeo VIII rimaneggiate in una compilazione pubblicata a Chambéry 1430 più ampia e più saviamente ordinata che si sostituì a quelle dei principi anteriori. Questo Duca volle dare al Piemonte un'uniforme legislazione, fece estrarre dagli statuti municipali quanto poteva servire per una legislazione generale, mantenendo di essi quanto non contraddiceva con questo suo codice, fece raccogliere le leggi e decreti dei suoi predecessori e tutta questa materia distribuire in 7 libri: il 1° dei quali tratta della religione, dei delitti contro il culto e stabilisce la tolleranza mercè cui gli Ebrei potevano abitare negli stati del Duca; il 2° del Diritto pubblico, delle magistrature, del Consiglio residente col Duca, del Consiglio di Chambéry, del procedimento inquisitorio; il 3° del potere dei signori feudali, dei baroni e banderesi, dell'enfiteusi, caccia, pupilli, forme per le vendite e donazioni; il 4° del fisco, dei diritti degli avvocati e notai; il 5° di leggi suntuarie (2).

Altre leggi fecero i suoi successori, specialmente Amedeo IX, Filiberto I e II, Carlo I e III, le quali furono raccolte da editori privati e da essi commentate (Sola), assieme a quelle di Amedeo VIII. Emanuele Filiberto nel 1560 promulgò un libro di decreti sulla forma e stile da osservarsi nelle cause civili che è un riordinamento degli antichi decreti e promulgò le *Coutumes générales du Duché d'Aouste proposées en l'Assemblée des trois États gens d'Eglise, nobles, patriciens et coustumiers.* Tutte queste costituzioni e decreti furono poi raccolte, riordinate e completate da Carlo Emanuele nel 1615, da Vittorio Emanuele nel 1632, e nel 1723 Vittorio Amedeo II ne pubblicò una nuova raccolta sotto forma di codice (*Leggi e costituzioni di S. M. Vittorio Emanuele, da osservarsi nelle materie civili e criminali*) che poi servì di base alla nuova compilazione composta di decreti vecchi e nuovi, emanata da Carlo Emanuele III nel 1770 (*Leggi e costituzioni*, ecc.), in 6 libri (il 1° consacrato alla religione e a statuizioni di tolleranza per gli ebrei, il 2° ai magistrati, senato, giudici, lettere di cambio, libri di commercio, fallimenti; il 3° al procedimento; il 4° ai giudizii criminali e alle pene; il 5° ai testamenti, successioni, tutele, alienazioni, donazioni, ipoteca, notai; il 6° ai magistrati di camera, demanio, feudi, miniere). Fra le antiche costituzioni dei Duchi di Savoia e re di Sardegna vogliono essere ricordate le costituzioni criminali di Giovanni Battista (1677), altre relative al procedimento civile di Carlo Emanuele I (1582), altre formanti una specie di codice penale militare dovute a Carlo Emanuele I (1613, 1630), e una

(1) Nani, *Statuti di Pietro II, Accad. di Torino*, S. II, t. XXXII, 1880; *Stat. del 1379 di Amedeo VI*, id., t. XXXIV, 1881, XXXV, 1883; *Nuova ediz. degli stat. del 1379; Miscel. di storia ital.*, XXII, 1883; *I primi stat. sopra la Camera dei conti nella Monarchia di Savoia, Accad. di Torino*, t. XXXIV, 1882.

(2) *Decreta Sabaudiae ducalia tam vetera quam nova*, ed. 1497, 1513, 1520, 1530; Sola, *Decreta seu statuta Sabaudiae ducum*, 1607. Anche nelle edizioni del Borelli e del Duboin.

ordinanza di marina di Vittorio Emanuele (1717). Queste costituzioni e decreti e moltissimi altri spettanti ad altri duchi e re furono raccolti dal Borelli (cioè quelli relativi al Piemonte per il periodo 1582-1681, *Editti antichi e nuovi dei Sovrani di Casa Savoia*, 1681), dal Bally (quelli per la Savoia) pel periodo 1559-1679. Jolly raccolse tutte le leggi fiscali e amministrative dal 1389-1679. La raccolta del Borelli fu continuata dal 1681 al 1798 da Camillo Duboin (*Racc. d. leggi, editti, patenti, manifesti emanati negli Stati Sardi*, ecc., Torino 1820-1869, 30 vol.).

Queste leggi ebbero interpreti esimii (Cravetta, Balbo, Sola); organo importante del diritto piemontese fu il Senato (v. Dionisotti) le cui decisioni supreme formarono rispettate norme alla pratica e al foro; e furono raccolte da Cacherano d'Asti, Tesauro, Antonio Fabro (*Codex Fabrianus*). Fra i giuristi piemontesi vanno annoverati ancora Natta d'Asti (*Consil.* 1558), Nevizzano, Belloni, Bruno d'Asti, Dondei di Tortona.

81. Il Monferrato ricevè dei suoi Duchi speciali costituzioni, le più antiche delle quali risalgono al 1319. Ma altre ne furono emanate fino al sec. XVII che furono comprese in varie raccolte e commentate dal Saletta (*Decreta civilia et crimin. antiqua et nova marchiae Montisferrati* 1571, 1675) e dal Cavagnolo 1595.

82. La Sardegna ebbe una legge propria nel sec. XIV, la quale ottenne gran credito e fu tenuta per segno di perfezionamento sociale superiore agli altri paesi del continente. È dovuta ad Eleonora figlia a Mariano IV sposa a Brancaleone Doria, la quale investita del titolo ereditario di giudichessa di Arborea compì l'opera di legislazione inaugurata dal padre pubblicando nel 1395 il libro delle Costituzioni ed ordinanze sarde detto *Carta de logu*, ossia legge territoriale divisa in 198 capitoli scritti in lingua sarda, consacrati al diritto di famiglia, alle successioni, ai principali contratti e alla polizia rurale (1). Tale carta fu confermata dagli Spagnuoli nello *Stamento* o rappresentanza degli ordini del regno tenuto a Cagliari nel 1421 sotto a re Alfonso di Aragona, e fu allora estesa a tutta la Sardegna, eccetto Cagliari, Sassari, Alghero, Bosa e Iglesias, le quali città a tenore dei loro privilegi si reggevano coi proprii statuti, che però si risentono dell'influenza della Carta; — e rimase in vigore sotto le dominazioni spagnuola e piemontese, fino alla pubblicazione del Codice di Carlo Felice, 1827.

Dagli Spagnuoli la Sardegna ricevè non poche prammatiche e

(1) *Le costituz. di Eleonora giud. di Arborea colla traduz. e note* di G. Mameli, Roma, 1805. Furono commentate da Gerolamo Olives aragonese nella 2ª metà del 600, e le sue chiose ebbero vigore di legge. Delvecchio, *Eleonora d'Arborea e la sua legislaz.*, 1873; Sull'influenza della *Carta* sul diritto di Sassari, vedi Tola e Satta Branca, *Il com. di Sassari nei sec. XIII e XIV*, 1886. Sulla legislazione di Sardegna v. Manno, *St. di Sardegna*, Dionisotti.

capitoli, di cui furono fatte raccolte private (1), e altri editti (sotto forma di grazie o pregoni) e provvedimenti ricevè dai re di Casa Savoia sotto il cui dominio cadde nel 1720. Questi editti non servivano che a completare l'antico diritto territoriale (2). Le intere costituzioni piemontesi non furono mai applicate alla Sardegna che a cominciare col Codice di Carlo Felice.

CAPO XXVI.

LEGISLAZIONE DI LOMBARDIA, DUCATI, TOSCANA E GENOVA.

83 (*). Nelle città di Lombardia, di Modena, Reggio, Parma, Piacenza, Guastalla, Ferrara, ecc., e in quelle di Toscana il diritto statutario, nel suo significato di diritto sussidiario al *jus Comune*, era sostanzialmente rimasto in vigore anche dopo la caduta del libero comune; e i signori che erano succeduti ai podestà non l'abrogarono, ma anzi lo conservarono (anche perchè effettivo e sensibile passaggio dal comune alla signoria non vi fu o non fu avvertito) e continuarono a funzionare gli statutarii colla differenza che le riforme dovevano essere approvate dal signore e che nel corpo degli statuti dovevansi includere le gride, decreti, provvisioni, ordini, coi quali il principe correggeva le antiche leggi o le completava, provvedendo ai bisogni del diritto pubblico e privato, penale e processuale. Delle costituzioni, decreti, gride emanate dai Visconti, dagli Sforza e poi dagli Spagnuoli in Lombardia furono fatte nel sec. XVI diverse raccolte (*Constitutiones Dominii mediolanensis*, 1541); in esse tutto è vagliato, riassunto, coordinato; le edizioni successive comprendono altri decreti del Senato milanese (3). Di questi fu fatta nel 1743 una collezione spe-

(*) **Bibliografia.** — Crassus, *De origine juris mediol.*, 1544, 1567; Verri, *De ortu et progressu iuris mediolan.*, 1747.

(1) *Las leyes y pragmaticas reales del Reyno de Sardena compuestas, glosadas y comendadas* par D. Francesco De Vico, Caller, 1680, 2 volumi, e altre ed. 1727 e 1731; *Capitula sive acta curiarum regni* (1421-1633), Caller, 1645.

(2) *Editti, pregoni e altri provvedim. emanati pel regno di Sardegna dappoichè passò sotto Casa Savoya fino al 1774*, Cagliari, 1775, 2 vol. (raccolti da Sanna-Lecca); *Raccolta degli atti govern. ed economici del Regno di Sardegna dopo la collez. del 1785* (arriva al 1846), Cagliari, vol. 16.

(3) Una collezione privata dei decreti dei Visconti e Sforza dal 1343-1494 fu fatta dal Sen. Bonetto e dal Bracherio, *Antiqua ducum mediolan. decreta*, 1564. Una compilazione delle *Constit.* fu cominciata sotto Francesco II Sforza e compiuta sotto Carlo V che la pubblicò nel

ciale (1) a cominciare dal 1490 (*Ordines exc. Sen.*), e un compendio fu composto nel 1609 delle « Gride, ordini pubblicati nella città di Milano dai Governatori di S. Maestà cattolica dal 1583 al 1609 ». Si hanno parecchi *Gridarii* pubblicati per la città e Stato di Milano nel sec. XVII. Queste gride erano la fonte della legge sotto il governo spagnuolo e le emanava il re o il vicerè udito il Senato o il Consiglio secreto, secondo che trattavasi di materie giudiziarie o amministrative. Ebbe pure sotto gli spagnuoli vigore in Lombardia la Carolina (*Constitut. crimin.*) ossia il Codice penale emanato da Carlo V imper. nel 1532 pei suoi dominii. (Commentate dal milan. Bossio, † 1546).

Sotto il governo austriaco (1740-97) la Lombardia fu regolata dalle antiche costituzioni, dagli Editti del Senato che si pronunziavano in nome dell'imperatore e da altre leggi e ordinanze emanate specialmente da Maria Teresa e da Giuseppe II (*Codice giuseppino,* Milano, 1786-87, 8 vol., colla continuaz., 1789, 2 vol., — Regolamento del processo civile promulgato per l'Italia da Maria Teresa, codice che mirava ad escludere l'arbitrio dei giudici).

La giurisprudenza lombarda (milanese) fu illustrata dal Carpano, † 1595 (*Leges et constit. duc. mediol.*, 1610), dal Simonetta, De Antoniis, Cotta Catelliano, † 1553, che commentarono gli Stat. milan., dal Ruginello (*Comm. ad Constit. Caesareas prov. mediol.*, 1619). Il diritto penale fu illustrato dal Rossignoli, † 1573, Chartario (fine XVI sec.), Caballino, 1598: la procedura da Lanfranco de Oriano, † 1488, e dal Zavatarii, 1594, dal Rotondi, 1782: i decreti del Senato da Sexalli, 1597, le decisioni dal Raudensis. Notevoli sono i commenti del Verri (1747) alle Costituzioni del ducato milanese e la sua storia del diritto milanese. Altri giuristi lombardi sono: Bonaccina, sec. XVII, Cravetta, scrittore di consilii, (fine sec. XVI), Decio, † 1535, Garrati di Lodi, Bolognetti di Pavia, Marliano, Moneta, † 1654, Bardelloni mantovano che scrissero consilii. — Le decisioni del Senato mantovano furono raccolte da Surdo di Casale (fine sec. XVI) autore di opere giuridiche pregevoli.

84. A Modena, a Parma, Piacenza, ecc., gli Statuti rimasero in vigore fino al secolo XVIII, modificati da leggi e decreti degli Estensi e dei Farnesi, o delle altre signorie che avevano governato questi paesi. Per Modena di queste « Provisioni, decreti, istromenti, gratie, litere, capitoli » fu fatta una raccolta nel 1544, 1555, e in seguito solo parziali ordinamenti furono riuniti: mentre tutte le

---

1541 in 5 libri. Altre leggi viscontee trovansi nel *Cod. diplom. visconteo-sforzesco* del Morbio (*Storia dei munic. ital.*, III), e da Osio, *Docum. dipl.*, 1864. Altri decreti loro trovansi aggiunti ai volumi degli statuti di Parma, Bergamo, Piacenza, ecc.

(1) Dal Garono, Carli, Fossati, 1 vol., Milano, per ordine cronol.

gride e decreti in numero straordinario restarono quali erano, cioè fogli volanti stampati, senza che alcun duca o privato le raccogliesse, e formarono poi un gridario conservato in molti volumi negli Archivi pubblici. Fu solo nel 1771 che Francesco III per ovviare agli inconvenienti derivanti da questa molteplicità di leggi e decreti, spesso contradditorii, fece pubblicare un codice (*Costituzioni di Franc. III*, ecc.), in cui ridusse le leggi criminali a uniformità, risecò quelle ite in disuso, e con nuove disposizioni provvide ai bisogni dei tempi. Ebbe nella parte riformatrice per fonti precipue le Costituzioni piemontesi del 1723, le leggi leopoldine sulle manimorte, le bolle di Urbano V sugli archivi, le primogeniture e i fedecommessi e gli scritti di Muratori (§ 71), e pel resto le leggi locali e i decreti dei predecessori. Queste costituzioni estensi apparvero segnare un grande progresso nella legislazione, essere un monumento di sapienza legislativa, un'innovazione audace per la indipendenza verso il formalismo del diritto romano e la *comunis opinio*. Nel 1797 furono dallo stesso duca emanati alcuni regolamenti sulle cambiali, i sensali e le società, e sull'istituzione di un magistrato di commercio. Modena non ebbe una giurisprudenza locale: ed anche per queste costituzioni meritano appena di essere ricordati i nomi di Cassiani e Frugoni.

Per Parma e Piacenza raccolte delle *Constitutiones* dei duchi furono fatte nel 1560, 1596 (*Ordini e Bandi pel quieto vivere*): ma qui le diverse dinastie che si successero lasciarono intatte le leggi locali, cioè gli statuti e non diedero alle loro costituzioni corpo di legge.

La giurisprudenza parmense e piacentina fu egualmente scarsa. Blondi e Prato commentarono gli Statuti parmensi. Ruino reggiano e Scoto piacentino scrissero consilii nel secolo XVI. Fulgosio di Piacenza commentò con molta reputazione il diritto romano.

85 (*). La Toscana oltre che dagli antichi Statuti municipali riformati, fu retta da innumerevoli leggi e bandi e ordinanze fatte dai Granduchi, delle quali si hanno diverse raccolte (1).

Fra queste leggi notiamo un Codice penale militare del 1643, rifatto nel 1739 per le milizie di terra, nel 1750 per quelle di mare.

(*) **Bibliografia.** — Gigliotti, *La legislaz. lucchese*, 1817; le storie di Toscana del Galluzzi, Zobi; e Poggi, *Cenni storici sulle leggi dell'agricolt.*, II; Sclopis, II, 468 segg.

---

(1) Ed. Cavanti, dal 1471 al 1736; Cantini, *Legisl. toscana raccolta ed ordinata* (dal 1532 al 1775), 32 vol., 1802-6. (Continuazione: *Repertorio del diritto patrio tosc. vigente*, 32 vol., 1836-62); *Leggi e bandi dello Stato di Firenze*, 21 vol.; *Bandi e ordini da osservarsi nel Gran Ducato* dal 1737, Firenze, 1747-1859, vol. 66.

Francesco di Lorena nel 1745 diede incarico a Pompeo Neri di fare un Codice penale, ma nè egli nè Lampredi vi riuscirono e il Codice non si ebbe che nel 1786 sotto Pietro Leopoldo principe illuminato e riformatore che proscrisse la tortura e la confisca, abolì la pena di morte e le prove privilegiate, stabilì una graduale corrispondenza delle pene coi delitti e sancì il diritto della libera difesa nell' imputato. A questo principe sono dovute altre leggi riformatrici nell'ordine civile, come quella del 1747 sui fidecommessi, del 1769 e segg. sull'enfiteusi, ecc. Egli rivolse il pensiero ancora alla compilazione di un Codice civile tratto dall'esperienza e dai costumi del popolo; dei giuristi gli suggerivano la codificazione come rimedio « per l'estirpazione del pirronismo della ragion civile » (Ceri), ma il disegno non ebbe seguito.

La Toscana conta molti giuristi: ed ebbe tribunali celebri come la Rota di Lucca, di Firenze, di Pisa, le cui decisioni furono raccolte per Lucca da Balbo, Cornazzani, Censalo, Magonio, Merlini, Thomasio, per Firenze da Bonfinio, Caballi, Sabelli, Omboni (1797-1807), per Pisa dal Randense e Marta, per Fivizzano da Cavalcani, ecc.

86. La legislazione genovese è costituita dagli Statuti che alla fine del XVI sec. si divisero in civili e criminali (comm. Casaregis, 1697, Bottino, 1787), e da decreti o leggi nove emanate dagli Austriaci, Francesi, Spagnuoli, che occuparono la Liguria (*Leges novæ Reip. Genuens. a legatis pontif. cæsar. conditæ*, 1576). Per l'amministrazione locale, portuaria, ecc., si ebbe lo Statuto dei padri del Comune composto di ordinanze emanate fra il 1459-1676 (ed. Desimoni, 1885).

Celebre è la Rota genovese specie in materie commerciali. (*Decis. Rotæ gen. de mercatura*, racc. da Belloni: altre da Cartario).

CAPO XXVII.

LEGISLAZIONE VENETA E DELLO STATO PONTIFICIO.

87 (*). Dagli antichi tempi Venezia fu retta da consuetudini di origine romana e importate nelle lagune dalle popolazioni fuggite alle invasioni germaniche: esse costituivano un diritto veneto del quale è parola alla fine del sec. XI (1094), e che fu completato con

(*) **Bibliografia.** — Foscarini, *Letteratura venez.*, I, 1752, 1-95; Valsecchi, *Bibliografia della legisl. ven.*, *Archiv. ven.*, 1871; Manin, *Giurisp. veneta*, nell'opera *Venezia e le sue lagune*, I, 1, 277, seg.; Sandi, *Principii di storia civile della rep. ven.*, 9 vol., 1755-72; Papadopoli, *Leggi venete intorno agli eccles. sino al sec.* XVIII, 1864; Sclopis, II, 542, seg.; Pertile, § 68; Musatti, *Storia della Promissione ducale*, 1888.

provvedimenti penali dal Doge Orio Mastropiero che nel 1181 (ed. Teza, 1863), pubblicò una provvisione per la repressione dei reati. Ma il primo ad accertare, riordinare ed epurare tali consuetudini fu il Doge Jacopo Tiepolo (1232-1244) che aggiungendovi leggi da lui emanate, dotò la repubblica veneta di un Codice completo di diritto civile, e di un altro di procedura. Sono leggi brevi, semplici, poco differenti dal *jus comune:* riguardano, le civili (in 5 libri), le formalità necessarie per l'alienazione dei beni in generale e di quelli ecclesiastici in ispecie, le doti, le tutele, le obbligazioni, il condominio e le successioni, il diritto di congruo e di prelazione in favore dei congiunti e dei confinanti, ecc. ecc. Queste leggi di Tiepolo costituirono il fondo della legislazione veneta e tanta venerazione ottennero che si vietò di glossarle o annotarle, perchè non si corrompessero, e si stabilì che se il testo taceva non si doveva ricorrere al diritto romano, ma all'equità (onde Bartolo diceva che i Veneziani giudicavano « *manu regia et arbitrio suo* »).

Agli Statuti del Tiepolo furono fatte correzioni per ben 8 volte dal 1283 al 1342, e vi fecero aggiunte i Dogi Francesco Dandolo nel 1331 e Andrea Dandolo nel 1346; quest'ultimo raccolse le costituzioni emanate dai Dogi di sua famiglia, da Lorenzo Tiepolo, Pietro Gradenigo, e compose un Codice che prese il nome di *sextus*, ossia seguito agli Statuti di Jacopo Tiepolo. Nel *sextus* notansi alcune severe disposizioni contro gli ecclesiastici e le manomorte. Con esso la legislazione veneta non fu chiusa giacchè sotto molti altri Dogi furono pubblicati consulti, promissioni o decreti che si inserivano, volta per volta, nel corpo degli Statuti, anzi talmente crebbe il loro numero che a diverse riprese furono incaricati dei correttori di rivedere il corpo delle leggi venete, ordinarle e togliere le abrogate. E nel 1477 uscì la prima edizione col titolo *Statuti et ordini de l'inclyta città de Venesia cum le soe correction*, a cui tennero dietro molte altre edizioni nelle quali dopo gli Statuti antichi erano inserite le nuove correzioni ed aggiunte in ordine cronologico (1): e vennero presto editori privati che tutto questo materiale legislativo di parecchi secoli rielaborarono e disposero in ordine sistematico (2). Nelle edizioni posteriori al 1528

(1) *Statuta veneta emendatissima additis correctionibus in creatione ser. principum Barbadici, Lauretani, Grimani, Gritti*, 1528-1537. In un'ediz. del 1554 trovansi le correzioni dei Dogi M. A. Trevisano, Veniero, Priuli; una del 1729 (*Stat. ac venet. legum volumen*) quelle di Cicogna, Memo, Bembo, ecc.

(2) Andrea Trevisano, 1548; Novelli, 1563; Rizzardi Griphio, 1606, con aggiunte fino al 1691; Eugenico (*Decreta leges ac iura dom. ven.*, 1598); Angelo, *Legum ven. methodus*, 2 vol., 1678-1688), che spogliò oltre 20 vol. di leggi pel dir. pubblico e 20 pel privato.

trovasi inserita la cosidetta *Pratica del palazzo veneto* lavoro anonimo e privato sulle giurisdizioni e il processo, ma che acquistò autorità di pubblica norma. Questi Statuti si componevano di 2 parti, una riguardante il diritto civile, l'altra il penale (*Promissione del maleficio*), che poi nel 1751 fu separata e pubblicata a parte (*Leggi crimin. del ser. dominio veneto*).

Nè tutto il diritto pubblico e privato veneto era contenuto in questi statuti, chè altra sua fonte erano, oltre le promissioni dei Dogi, i consulti, parti prese o terminazioni del Maggior Consiglio, e del Consiglio dei Pregadi, della Quarantia, della concione, i quali tutti avevano potere di legiferare. Dei loro provvedimenti solo una piccola parte fu allogata fra le leggi civili e criminali, secondo la natura di essi, ed altri sono citati nei trattati o digesti del diritto veneto (Eugenico, Angelo). Una raccolta completa fu ideata nel 1662; si nominò un magistrato di *sopraintendenti alla formazione dei sommarî delle leggi*, ma non si riescì ad alcun risultato. Moltissimi sono anche i capitolari o regolamenti delle singole magistrature, i quali costituivano il diritto amministrativo della repubblica.

Queste leggi venete, eccetto quelle di carattere pubblico e penale, avevano vigore solo nelle terre della dominante: per le città di terraferma, la repubblica aveva lasciato in vita l'antico diritto municipale, modificandolo però con parti, decreti e provvisioni ducali, che sono pubblicate in appendice agli statuti stessi.

Quando la repubblica agonizzava nell'inerzia e nei vizî, il governo sperava rimedii pubblicando nel 1770 le *Leggi di massima di governo*, nel 1781 un *Codice feudale*, o raccolta di decreti feudali dal 1328 in poi; e rivedendo le ordinanze relative ai porti e alle lagune. L'ultimo monumento legislativo della repubblica fu un Codice per la veneta mercantile marina promulgato nel 1786. Nel 1792 erasi approvato un *Codice penale*, ma non andò in vigore, e nel 1803 l'Austria vi promulgò il suo.

Venezia non fu mai importante centro di studî giuridici, e anzi l'arte forense vi era riputata indegna a un gentiluomo. Ai gentiluomini veneti non era lecito leggere diritto a Padova. Qui invece la giurisprudenza fiorì per opera di Benavidio, Blanco, Genua, Menocchio e Peregrini. Udine diede i natali a Deciano, Verona a Caepolla, Vicenza a Ferretti. Commentarono il diritto veneto, oltre il Trevisano, ecc., Argelati, 1737, Priori (*Pratica crimin.*, 1629), Pasqualigo (id., 1731), Sansovino, Zilioli, Zuanelli, Ferro, Bregolini, 1805; la procedura civile veronese e il diritto successorio, Micheli, 1733-77, e le leggi padovane il Lambertacci.

88 (*). A Roma, come nelle città sulle quali o momentaneamente

(*) **Bibliografia.** — Lamantia, *St. d. legisl. ital.*, I, *Stato pontif.*

o continuatamente si estese la signoria pontificia, le antiche leggi statutarie, come le istituzioni municipali, non furono soppresse, ma restarono in vigore, per quanto erano compatibili, queste coi diritti che pretendeva esercitare il papa sulle città, quelle col giure canonico, il quale aveva incontrastato passo su tutte le leggi, anche sul diritto romano; e per attuare quest'accordo, detti statuti furono sottoposti a revisioni e riforme, allo scopo di togliere tutto quanto poteva essere contrario alla libertà ecclesiastica. In quanto poi alle mutate condizioni politiche e specie alle gravi della pubblica sicurezza, provvedevano i legati e i governatori delle provincie, con bandi, editti, costituzioni e dichiarazioni; i papi con *motu* proprii, bolle, brevi, lettere apostoliche, provvisioni, chirografi, rescritti e le congregazioni, che numerose furono istituite per vegliare ai bisogni temporali, dopo il sec. XV, con lettere e decreti. Tutte queste leggi e provvisioni, erano inserite in coda o nel corpo degli statuti stessi, e poichè grande era il loro numero, furono fatte raccolte di quelle relative ad alcune città, come per Bologna, Perugia (1591-95), Urbino (*Constit. ducatus Urbini*, 1709), per Ravenna e per la Legazione emiliana (1702). Ma nessuna è così importante come quella che ha per titolo: *Constitutiones Marchiae Anconitanae*, ossia le costituzioni promulgate dai legati pontificii per la Marca d'Ancona, messe in ordine da Egidio Albornoz, legato di Innocenzo VI, e promulgate nel Parlamento di Fano, nel 1357 (1). Tale raccolta divisa in 6 libri: il 1° contiene le lettere delle Commissioni date all'Albornoz, come legato e vicario; il 2° tratta dell'ordinamento amministrativo, giudiziario e militare, delle autorità municipali e degli ufficiali della chiesa; il 3° delle materie spirituali; il 4° dei crimini; il 5° del procedimento civile; il 6° dell'appello. Questa prima raccolta fu accresciuta e riordinata dal Cardinale Pio di Carpi, legato dal 1539-42, e la nuova collezione fu approvata da Paolo III nel 1544; e queste aggiunte trovansi nelle edizioni posteriori a quest'epoca. Sotto il pontificato di Sisto IV (1478) le *Const. Marchiae anconit.* divennero leggi generali per Roma e per tutto lo Stato pontificio.

Importanti disposizioni, specialmente relative al diritto pubblico e al reggimento temporale della chiesa, trovansi in certe bolle pontificie, le quali però non furono raccolte a parte, ma stanno confuse colle innumerevoli trattanti materie ecclesiastiche e spirituali (2). Fra quelle è da ricordarsi anche la celebre bolla

(1) Foglietti, negli *Opuscoli di storia del diritto*, 1886; Brandi, nel *Bollettino dell'Istituto storico italiano*, 1888, n. VI. — Le *Constit.* commentò Cavallino.

(2) *Collectio diversarum constitut. a Gregorio VII usque ad Gregorium XIII*, 1579; *Bullarium magnum*, 19 vol., 1727-28; edizione di

in coena domini, contro gli eretici e gli invasori dei beni e diritti di chiesa, quelle *de bono regimine* del 1592 e *Inter varias* di Sisto V, sull'amministrazione dei comuni (1). In quelle di Paolo V (1612), contengonsi notevoli disposizioni processuali. Altra importante legge pontificia è il così detto *Statuto dell'agricoltura*, del secolo XIV, riveduto nel 1407, fonte precipua del diritto per le locazioni, servitù, acque, possesso di fondi. Nessun intendimento di codificare la legislazione esistente, privata o penale, ebbero i papi.

Buone erano le condizioni della giurisprudenza negli Stati pontificî: floridissimi i tribunali. È celeberrimo quello supremo della Rota romana, composto di auditori appartenenti a diversi paesi stranieri, perchè informassero sulle leggi e consuetudini praticatevi, avendo la Rota romana una grandissima giurisdizione su tutto il mondo cattolico ed essendo il solo Tribunale di appello per certe cause civili e per le ecclesiastiche di tutto il mondo. Sorse nella seconda metà del sec. XIII, e il suo ordinamento, del resto molto complicato, permetteva un grande studio delle questioni (2). Intere teoriche sono state da essa composte od accreditate: i suoi componenti si distinguevano per una profonda conoscenza dei diritti romano e canonico. Durò nella sua meritata riputazione fino a Gregorio XVI, che lo corruppe, ne cambiò l'organizzazione, e ne fece oggetto di terrore (Gioberti). Le sue decisioni sono state raccolte da molti (Mohedano, Martino, Bellamera, Burato, Cassiodoro, Cencio, Farinaccio, Merlino, Ansaldo, Palma, ecc.), e occupano centinaia di volumi. Oltre la Rota R., lo Stato pontificio ebbe altri celebri tribunali, come a Bologna (decis. raccolte da Benintendi, Barzi), a Ferrara (decis. Belmonte, Marca, Graziano, De Amato), a Perugia (decis. *ab Assisio*), a Macerata (dec. Thomati). Anche le leggi locali ebbero commentatori: Roma, Fenzonio e Galganetti; Gubbio, Conciolo; Bologna, Gozzadini; Perugia, Giliani; Ferrara, Pigantio; Todi, Salamone, ecc. E una folla di giuristi, nel secolo XVI e XVII, contano gli Stati della chiesa, generalmente scrittori di consigli: Caroccio di Todi; Cefalo, Bertazzoli, Galvano, Bonaccossa, tutti di Ferrara; Marescotti e Marsiliis, di Bologna; Merlino, di Forlì; Negusantio, di Fano; Folleri, di S. Severino; Barzii, di Perugia; Crispolti, di Rieti, ecc.

89 (*). La repubblica di S. Marino ebbe statuti della fine del sec. XIII o principio del seguente, riformati poi nel 1353, 1491 e

(*) **Bibliografia.** — Lamantia, I, 75; Ellero, *Arch. Giurid.*, I, 264-308.

Coquelines, 14 vol., 1739-62; di Torino, 30 vol., 1857-87 (contin. fino a Pio IX, da Barberi e Spetia, 23 vol.).

(1) De Vecchis, *Collectio constit. chirograph. et brevium pro bono regimine Univers. comunitatum Status ecclesiae*, 4 volumi, 1732-43; Cohellius, *De bono regim.*, 1656.

(2) Bernino, *Il trib. della S. R. R.*, 1717; Tanagli, *De sacro Rotae R. audit.*, 1654; Bondini, 1854; Bangen, *Die roemische Curie*, 292; Hinschius, *Kirchenrecht*, § 45; Phillips, *K. R.*, VI, § 302-311.

1599. In quest'anno sancivasi un nuovo statuto che è quello ora vigente (*Leggi, statuti della rep. di S. M.* in 6 libri e 314 rubriche). Si aggiunga un *Codice agrario* del 1813 e un codice penale redatto da Zuppetta nel 1859 e messo in esecuzione nel 1864.

CAPO XXVIII.

LEGISLAZIONE DEL REGNO DI NAPOLI E DI SICILIA (*).

90. (Periodo angioino: in Sicilia 1266-1282; a Napoli 1266-1442). Carlo d'Anjou nel tempo che tenne la Sicilia non pubblicò alcuna legge: e se qualche ordine promulgò, lui cacciato, non fu mantenuto e invece piena osservanza continuarono ad avere le Costituzioni sveve, come pure le consuetudini locali. Queste e quelle però rimasero in vigore anche di qua dal faro, nel regno detto di Puglia pel quale gli Angioini emanarono leggi nomate, ad imitazione delle franche, *Capitula*, e poichè erano dirette ad ambo i reami *Capitula regni Siciliae*, mentre in verità i Siciliani dopo il Vespro del 1282 seguirono soltanto i Capitoli dei re aragonesi. I *Capitula* degli Angioni (che sono di Carlo I e II, di Roberto, Carlo Duca di Calabria, Giovanna, Ladislao ed Isabella) dovevano servire a riordinare il regno, regolare le finanze, reprimere i disordini causati dai mutamenti politici, punire certi reati di maggior frequenza con pene severissime le quali poi erano profuse anche pei piccoli, stabilire e migliorare gli ordinamenti giudiziarii, processuali e di polizia. I più importanti sono quelli di Carlo II e di re Roberto, al quale appartengono anche alcune ordinanze dette *Conservatorii regii* coi quali per reprimere gli abusi e gli eccessi degli ecclesiastici rimettevasi ai magistrati superiori l'esame delle questioni loro, regolandosi così per la prima volta gli appelli *tamquam ab abusu*. Di Roberto pure sono alcune lettere arbitrarie con cui autorizzava i giustizieri a procedere contro grandi delinquenti *ad modum belli*, con poteri dittatorii. I Capitoli degli Angioini furono raccolti da un privato, verso la fine della stirpe, e nella raccolta non serbossi alcun ordine di materia nè di tempo (ed. Agnello de Bottis, 1588).

Appartengono inoltre alla legislazione angioina: 1° I Riti della

---

(*) **Bibliografia.** — V. opere citate ai §§ 46, 47 e 49; Valletta, *Leggi del regno di Napoli*, 1784; Grimaldi, *Storia delle leggi e dei magistrati del regno di Napoli*, 6 vol., 1752; Capone, *Discorso sopra la storia delle leggi patrie*, 1826; Giannone, *Storia civile del regno di Napoli*, lib. XX; Pecchia. *Storia civile e politica del regno di Napoli*, 4 vol., 1869. Per la Sicilia, Orlando e più specialmente Lamantia. Vedi anche Signorelli, *Vicende della coltura nelle Due Sicilie*, II-V, 1774; Ros. Gregorio, *Introduz.* cit. a § 94.

Gran Corte dei maestri razionali (*Ritus regiae Camerae summariae Regni neap.*), opera privata di Andrea d'Isernia (v. § 47) compilata sotto Roberto, in cui sotto forma di trattato scientifico e di commento è esposto l'ordinamento fiscale e tributario del Regno come era stato regolato dall'autorità regia e dalla consuetudine. Questo lavoro, una delle prime opere di scienza finanziaria, ottenne però vigore di legge ed ebbe diversi commentatori (Goffredo di Gaeta, Cesare Nicolao), che l'accrebbero e diversamente ne distribuirono la materia; 2° I Riti della Gran Curia e Corte di Vicaria, raccolta di ordinanze processuali di cui ignorasi l'autore, ma che si sa essere stati pubblicati come leggi dalla regina Giovanna II (1414). Sono pratiche e sentenze pronunciate dai due supremi tribunali, ordinanze di epoche diverse, interpolate con note e aggiunte di privati, alle quali in seguito altre aggiunte furono fatte secondo i nuovi usi giudiziarii e processuali, cosicchè la primitiva forma ne è grandemente alterata. Trattano specialmente dell'ordine dei giudizii, della liquidazione de' strumenti, della contumacia dei rei e delle prove. Dai commentatori (C. De Perriniis) furono ordinati e distribuiti in 311 capi. Si trovano in essi parecchie traccie di diritto longobardo, il che è prova della persistenza di questo nelle provincie napoletane. È nel complesso un lavoro oscuro, pieno di ripetizioni e di contraddizioni, miscuglio di leggi e pratiche appartenenti a diversi tempi. Si mantennero in vigore fino al secolo scorso; 3° Gli Arresti della Regia Camera o decisioni su materie fiscali e comunali; cominciano dai tempi angioini e furono raccolti nel sec. XVII da Donato Antonio de Marinis († 1666); 4° I Capitoli di Papa Onorio pubblicati nel 1285 quando essendo prigioniero degli Aragonesi il re angioino, la cura del regno fu assunta dal papa. Non valsero però che come documenti di privata autorità od ortatoriali e non furono mai inseriti fra i Capitoli nè seguiti in quelle parti in cui restringevano la podestà regia. Riguardano l'amministrazione generale, i doveri dei baroni, l'obbligo delle collette, l'abolizione del diritto di naufragio, la libertà di matrimonio e di commercio, la successione feudale.

91. (**Periodo aragonese in Sicilia 1285-1503; a Napoli 1442-1503**). Per aderire ai voti espressi dai Siciliani nei Parlamenti, affine di togliere gli abusi introdotti dall' amministrazione francese, dar garanzie alle università contro le molestie dei baroni e degli ufficiali pubblici e ordinare la polizia penale e il procedimento, molte leggi promulgarono gli Aragonesi col titolo di *Constitutiones* o *Capitula regni Siciliae* (ed. Gian Pietro Apulo 1497 che per primo li raccolse, Muta 1608-18, Testa 1741). Molte se ne hanno di re Giacomo, poche di Pietro II: Federico III ne sancì 118, altre i re Martino, Ferdinando I, Alfonso, Giovanni e Ferdinando II.

Prima del sec. XVI erano scritte in latino, dopo in siciliano. Essendo promulgate dietro sollecitazioni o voti di Parlamenti, le più sono redatte sotto forma di Grazie o di *placet*: esse costituivano il diritto pubblico siciliano e parte del privato. Non presentano alcun ordine ma in compenso molta prudenza. — Oltre i Capitoli gli Aragonesi promulgarono per la Sicilia e in seguito anche pel Regno di Napoli (nel quale non ebbero vigore i Capitoli degli Aragonesi emanati per la Sicilia prima del 1442) le *Prammatiche*, ossia ordinanze deliberate dal Consiglio collaterale del re. Con esse spiegavansi le leggi esistenti, provvedevasi a emergenze del diritto pubblico e privato, feudale, ecclesiastico ed amministrativo e completavansi le leggi processuali.

Come poi gli Aragonesi divennero signori di Napoli, introdussero anche di qua dal faro l'uso di promulgare leggi sotto forma di grazie concesse dietro le suppliche dei Baroni delle città del regno ed emanarono molte Prammatiche, delle quali importanti sono quelle di Alfonso I e di Ferdinando I, che alterò l'antico ordine dei giudizi accogliendo parecchie pratiche tolte dalle Decretali. Sono scritte parte in latino parte in italiano e parecchie anche in spagnuolo; e non furono raccolte e pubblicate in corpo che nel periodo seguente. Dallo stesso Alfonso fu promulgata nel 1446 una legge processuale, di indiscutibile valore e che segnò un progresso, cioè il *Ritus magnae regiae Curiae et totius regni Siciliae Curiarum* (in 205 cap.), opera di Leonardo di Bartolomeo. Questo Rito sostituì le incerte pratiche, spesso alterate dalla ignoranza e dalla malizia dei curiali, e durò in vigore a Napoli fino alla dominazione francese e in Sicilia fino al 1819.

Sotto gli Aragonesi di molto migliorò la legislazione; si introdusse la procedura inquisitoriale, punironsi le false accuse, le baratterie e violenze degli ufficiali, si ordinarono le carceri, si abolirono le multe sui comuni pei delinquenti non scoperti, si restrinse il potere ecclesiastico sottoponendone gli atti al *vidit* regio.

92. (Periodo austriaco 1503-1700). Con Ferdinando il cattolico che riunì sotto di sè Spagna, Napoli e Sicilia, cominciò nel mezzodì d'Italia il dominio di casa austriaca di Spagna e il governo dei vicerè. Anche in questo periodo le leggi continuarono a essere distinte in Capitoli e Prammatiche. Molte domande dei Sedili di Napoli e molti voti dei Parlamenti di Sicilia furono approvati nella stessa forma di Grazie o Capitoli da Carlo V (II di Sicilia, IV di Napoli), da Filippo I, II e III (ed. Testa). Ad altri bisogni urgenti del regno provvedevano i re e i vicerè promulgando delle Prammatiche delle quali sono notevoli quelle di Carlo V (II) e del vicerè Pietro di Toledo. E poichè il numero di esse era grande, si cominciò in questo periodo a raccoglierle e a metterle a stampa,

unitamente a quelle degli Aragonesi, aggiungendovi nuovi volumi per le nuove che uscirono fino al 1800, comprendendovi cioè anche quelle dei Borboni (1). Le Prammatiche austriache si risentono della mediocrità e vacuità di cui furono affetti governo e giurisprudenza a Napoli in questo periodo. Ogni vicerè udito il Consiglio collaterale emanava un gran numero di leggi giornaliere le quali tutte aggiravansi intorno all'amministrazione della giustizia, alla procedura, all'esazione delle gabelle e alla vendita dei commestibili, alla repressione del duello, all'espulsione dei forestieri che generalmente si ritenevano ladri, ed alcune trattavano materie di minor momento, come vietare alle donne pubbliche andare in carrozza o in sedia, proibire le scale notturne, ecc. Oltre le Prammatiche si emettevano avvisi, dichiarazioni, dispacci o lettere circolari che tenevano luogo di leggi, riguardavano il diritto pubblico e privato e furono raccolte nel secolo seguente col titolo di *Siculae sanctiones*. A tutto ciò devonsi anche aggiungere i Capitoli e privilegi concessi a Napoli e alle città del Regno raccolti prima nel 1588 da Nicolò de Bottis e poi nel 1719.

Tale abbondanza farraginosa e indigesta di leggi a cui vanno anche aggiunte le Costituzioni sveve e le leggi degli Aragonesi e le consuetudini e i diritti romano, canonico, feudale e longobardo, rendeva incerto e confuso il diritto, e in essa i forensi trovavano ampio pascolo a cavillare e suscitare liti, onde generale era il desiderio di avere un codice unico e ne tentò per Napoli la compilazione il giurista Tapia, † 1644 (*Codice filippino,* 1605-43, da Filippo III), secondo l'ordine giustinianeo. Questo Codice però non arrivò ad avere regia sanzione, e per la scarsa dottrina giuridica e per la molteplicità di leggi indarno conciliate non avrebbe certo giovato al progresso scientifico.

93. (Periodo borbonico 1700-1806). I Borboni nulla mutarono delle fonti del diritto a Napoli e in Sicilia: lasciarono in vigore tutte le leggi precedenti sveve e le aragonesi ed austriache Prammatiche; e nuove Prammatiche essi emanarono (la cui serie per Napoli fu chiusa nel 1806), e introdussero per i paesi di qua e di là del faro i così detti *Reali dispacci* ossia atti legislativi di

(1) Quelle pel Napoletano sono pubblicate in appendice ai *Capitula.* Nel 1591 si fece una raccolta separata. Scipione Rovita, 1718, fece una nuova compilazione con nuovo ordine e le commentò. Altra ed. fu fatta dall'Altimare in 3 vol., altra nel 1715, e infine nel 1803 da Giustiniani in 16 vol. Vedine il compendio fatto da Jorio. Le Prammatiche di Sicilia furono raccolte in un codice nel 1583 (*Costituz. prammaticali di M. Ant. Colonna)* e delle seguenti si fece un'ediz. in 5 vol., 1636-1800, comprendendovi anche quelle dei Borboni e distribuendole in ordine sistematico. Altra edizione critica è quella del Di-Blasi, 1791-3 (*Pragm. Sanct. R. Siciliae*), incompiuta, arriva al 1579.

ordine amministrativo e risoluzioni di casi particolari emessi dai rispettivi dipartimenti od offizii per correggere errori ed abusi e per risolvere dubbi. Tali atti furono messi a stampa e raccolti in collezioni private, e mai per ordine del Governo perchè, come gli ordini, bandi, dichiarazioni, istruzioni, capitoli, statuti, lettere, circolari emessi per la Sicilia dalle autorità amministrative o di polizia, non furono considerati come inclusi nelle leggi generali. Inoltre i Borboni fecero raccogliere, quale appendice alle leggi sicule, le ordinanze, dispacci e bandi e disposizioni varie emanate dai governi precedenti fino a metà del sec. XVIII sotto il titolo *Siculae Sanctiones* raccolta, che ha tutta l'analogia coi reali dispacci napoletani, che non fu mai sanzionata dal potere sovrano, ma che ebbe tuttavia tanta autorità che il Governo la citava nei suoi decreti. Vi si tratta di diritto pubblico penale e privato, di procedura, di magistrature, dei donativi, dei feudi, dei parlamenti, ecc. (1).

I Borboni semplificarono gli ordini giudiziari, restrinsero i feudi, abolirono dazi e gravezze, corressero la politica economica ed annonaria, restituirono all'agricoltura i demani regi, disciplinarono la chiesa, istituirono gli archivi notarili, migliorarono la legislazione esistente. Carlo III creò la Real Camera di S. Chiara, istituì i due tribunali di commercio e il misto per le cause ecclesiastiche, il che fu causa di controversie col Papa che finirono col concordato del 1741, rese più spedita la procedura (Pramm. 1738) affidò a Giuseppe Cirillo la rifusione di tutte le leggi del regno in nuovo codice (*Cod. Carolino*, pubbl. 1789). Re Ferdinando creò l'udienza di casa reale a cui furono trasferite tutte le cause civili e penali dei militari e degli impiegati e al tribunale dell'ammiragliato sottopose tutte le cause marittime e le civili e criminali della gente di mare.

94 (*). « Fare la storia del foro napoletano è far la storia del Regno, tanta è la parte e l'importanza sua (Manna) ». L'esercizio del foro napoletano seguì tutte le vicende politiche della regione. I vicerè ingelositi per abbassare la potenza dei baroni, ricchi, potenti, altieri e crudeli,

---

(*) **Bibliografia.** — Giustiniani, cit. § 62; Grimaldi, Giannone, Toppi, Manna, *Della giurispr. e foro napolet. dalla sua origine*, 1837; Lomonaco, *Foro nap.*, nel *Filangeri*, 1882-83; Lamantia, (per la Sicilia) II, 66-100; Orlando Diego, ***Bibliot. di antica giurispr. siciliana***, 1850; Gregorio, ***Introd. allo studio del dir. pub. sicil. Opere***, 1853, p. 20-25.

---

(1) Reali dispacci, ed. da Diego Gatta, 11 volumi, 1773-77; *Siculae Sanct.*, ed. da Gervasi, 6 volumi, 1750-55; *Summa Sic. Sanct.*, di Tetamo, 1758. Alla Biblioteca Comunale di Palermo vi è una raccolta di *extravang. Sanctiones*, in 22 volumi.

pensarono di invilupparli negli intrighi e nelle cabale del foro, in lunghi processi pei quali una gran parte delle ricchezze baronali si versò in grembo dei forensi, il cui numero crebbe straordinariamente e in ragione degli eccessi dei baroni, dell'oppressione delle università e dei privati e delle passioni dei viceré. Il foro fu riguardato come il miglior stratagemma per frammettersi alle gare velenose dei baroni e dei viceré; la via sicura che conduceva agli onori e alle ricchezze. Tutti i buoni ingegni si rivolsero a questi studii così proficui; i cadetti delle famiglie nobili (giacchè questa era una professione compatibile colla nobiltà ed anzi portava alla nobiltà — nobili di cappa —) e la borghesia pretensiosa ma povera si riversava sul foro e con tanto successo che l'ordine medio a Napoli nacque dai giureconsulti e visse attorno ai tribunali (Consiglio di Santa Chiara) dove si disputava di cause enormi e di ricchezze favolose. I giureconsulti napoletani formavano un ceto, una casta così potente da tener testa ai viceré, da sprezzarne gli ordini e minacciare scioperi, come fecero quando nel 1629 l'autorità governativa li voleva sottoporre a un esame per poter esercitare.

La storia del foro e della giurisprudenza napoletana conta innumerevoli e celebri pel loro tempo giuristi, i quali però scarso contributo hanno portato al movimento scientifico. Essi non cercavano la costruzione teorica, ma i mezzi per vincere le cause e quindi alle teorie del diritto romano spesso preferivano il sofisticare sulle Prammatiche, il foderarsi di sentenze e opinioni di altri tribunali come richiedeva la lite: quindi non cercarono conoscere i metodi alciatei ignorati nei tribunali e nella scuola, dove il nome di Cuiaccio risuonò per la prima volta alla fine del XVII secolo per opera di Francesco d'Andrea, † 1698.

Da ciò si comprende come il numero dei giuristi napoletani sia grande e ad esso non corrisponda la qualità. Scarsi sotto gli Angioini (Borrello, Luca Di Penne, Napodano), ed anche sotto gli aragonesi (Paride De Puteo, † 1493, celebre civilista e feudista, Matteo De Afflictis, † 1523, scrittore di decisioni, oggetto di commenti da parte di Caravita e Ursillo, e di censure acri da parte del Camerario, ma da alcuni giudicate le prime del mondo), divennero legione sotto gli Austro-spagnuoli. Ricordiamo i più notevoli. Marino Freccia, † 1562, cultore delle antichità medievali e feudali, Camerario, † 1564, Salernitano, † 1584, Villani, Revertera, i due Loffredi, Caravita, Borelli, D'Anna, Maranta (autore di uno *Speculum aureum* o *lumen advocatorum*), Capece feudista, † 1545, Orsello, De Ponte; nel XVII secolo, Capecelatro, † 1654, Merlino, Montano, Marciano, Franchis, † 1600, Altimari, Molfesio, ecc., ma più di tutti Rovita e Sanfelice, quasi tutti scrittori di consigli e decisioni. Sotto i Borboni molti scrittori lavorarono sui testi legislativi, come Alfeno Vario, 1772, Lorenzo Giustiniano, 1803, F. De Iorio che li illustrò anche storicamente e li ridusse a sistema, Filippo Amirati che compendiò il diritto pubblico, privato ed ecclesiastico, Alfano, † 1776 che espose il diritto criminale, e Michele De Iorio che elaborò un codice commerciale più storico che dottrinale, mai promulgato. Il periodo austriaco e borbonico enumerò celebri oratori (Francesco d'Andrea, † 1698, Cacace, ecc.), e innumerevoli scrittori di allegazioni in istile didascalico che meravigliarono per

la loro eloquenza o facilità di improvvisare; nessuno dei quali però lasciò duratura traccia di sè (§ 71). In generale i riferiti scrittori senza eccellere con nuovi metodi e senza evitare i difetti dei post-bartolisti ai quali più si accostano, non si perdettero in un'inutile esegesi del gius romano, ma seppero combinare con uno studio serio e approfondito di esso uno spirito filosofico che li salvò da un'attaccamento servile a questa morta legislazione, e un senso pratico eminente che loro faceva conoscere i bisogni del tempo e modificare secondo questi il diritto romano.

In Sicilia la giurisprudenza non salì tanto alto nè esercitò tanta influenza. Tutta l'attenzione i giuristi volsero sulle leggi aragonesi e posteriori, nulla sulle Costit. Sveve. Le discussioni feudali furono i misteri più sublimi della giurisprudenza sicula e non si disputò che sulla successione ed alienazione dei feudi (Gregorio). Non vi era in Sicilia, del resto, altra grande ricchezza che quella dei feudatari. Studio gretto dei testi legislativi, scarsa conoscenza del diritto romano, ignoranza dei commentatori e dei lavori esegetici del XVI sec. (Alciato e Cuiaccio furono noti e appena in Sicilia nel corso del XVII sec.), non si produsse che commentarii, e nemmeno in gran numero, alle prammatiche e alle consuetudini, prolissi, deficienti di ogni costruzione giuridica come di ogni cultura storica, mai elevantisi ai principii generali, e quasi nessuna monografia o altro lavoro sul diritto romano. Tolti Cumia di Catania, De Ballis di Trapani criminalisti pel sec. XVI, Mastrillo e Muta di Palermo, Cutelli di Catania pel XVII, autore di un codice siculo o commento ad alcune leggi aragonesi composto con intenti riformatori, nei quali questi difetti sono meno accentuati, gli altri composero opere di nessuno o ben scarso valore.

Per il Napoletano commentarono i Capitoli angioini, Napodano, Luca da Penne, D'Isernia, De Bottis; i Riti della Gran Curia, Troise, Petra, Scaglione Caravita; la procedura in genere, Galluppi, Moro, 1770; le Prammatiche Pietro da Toledo, Rovita, Amendola, Follero, Grammatico, D'Anna, Maradei, Capobianco; il diritto criminale Alfani, 1752, raccolsero decisioni Merenda, Barra, Capece, De Marinis, Minadoi, Sanfelice, Marta, Grammatico; scrissero di diritto pubblico Cervellini, Iorio, 1713.

In Sicilia commentarono le Prammatiche Abruzzo, † 1665, Caruso, † 1690; i Riti di Alfonso Cumia, Barbagallo, Conversano, 1614, Nicolosi, 1794, Buscemi, 1779; le sicule sanzioni Giarizzo, † 1779; i Capitoli Muta; scrissero consigli Amato, Giurba, Cammarata; raccolsero decisioni Muta, Milanese, Mastrillo, Del Castillo; trattarono la procedura Russo (*Pratica per la formaz. dei processi crimin. ordinata dal vicerè Vieufille*, 1750), Riccio, † 1660; ordinarono tutto il diritto Candini, Rocchetti, 1806.

CAPO XXIX.

LEGISLAZIONE DEL PRIMO REGNO ITALICO (*).

95. Gli studi, tanto in voga anche in Italia, sul diritto naturale, la filosofia francese in guerra dichiarata contro il passato, le dot-

(*) **Bibliografia.** — Lerminier, *De l'influence de la philos. du XVIII*

trine positiviste inglesi di Hobbes e Locke che ponevano la società sovra un patto tendente ad assicurare la persona e la proprietà, la rivoluzione inglese del 1688, il Bill dei diritti, lo spirito di novità che spingeva alle investigazioni e alle ardite speculazioni, infine le rivoluzioni americana e francese — tutto ciò aveva scosso anche questo secolare edificio di leggi. Non solo era sentito il bisogno di unificare e codificare tutto questo immenso materiale legislativo; e tentativi se ne erano fatti in quasi tutti gli stati: ma le menti illuminate riconoscevano il bisogno di procedere a radicali riforme non solo nel diritto penale e nel procedimento, dove erano accumulate atrocità di pene ed assurdità di prove, dove i diritti dell'individualità umana erano conculcati, ma ancora nel diritto civile dove secoli e secoli avevano depositato pregiudizii, non sensi, confusione e incertezza. Riforme in tutti i campi del diritto si iniziarono a Napoli e in Toscana, si cercò semplificare, armonizzare le leggi colla filosofia, ma le buone iniziative dei Sovrani e dei pensatori non avevano seguito od erano frustrate dalla resistenza delle tradizioni, dei nobili e del clero, e dopo poco gli stessi sovrani riformatori si ritrassero dalla campagna iniziata e scancellarono quelle poche innovazioni di ordine sociale che avevano appena iniziate. Novità sarebbero avvenute ma lentamente e non generali e avrebbero riguardato soltanto abusi sociali; non si sarebbe avuto un mutamento radicale nella vita politica, non creata la pubblica opinione nè il sentimento della libertà senza una grande scossa; e questo fu il beneficio che apportò all'Italia la rivoluzione francese, la quale ordinata a stabile governo introdusse in Italia le istituzioni politiche, civili e penali che uscirono da quel gran moto.

96. Le leggi che per ordine di Napoleone I erano state redatte in Francia allo scopo di dare armonia ai frammenti incoerenti legislativi con cui si era provvisoriamente provveduto, in mezzo al tumulto dell'epoca, al nuovo ordine di cose nascente dalla caduta dell'antico regime, furono introdotte in Italia colla dominazione francese. Le civili (*Cod. Nap.* 1804) vi furono promulgate con decreto 30 marzo 1806.

---

s. sur la legisl. et la sociabilité du XIX s., 1833. Per la storia del Cod. napol., v. i lavori preparatorii in Fenet, 15 vol.; Locré, 31 vol., 1827-32. Benech, *Elément Gallique et Germ. dans le Cod. Nap., Revue de legisl.*, XLVI; Zoepfl, *L'élém. germ. dans le Cod. Nap*, Revue de Foelix, IX. Marcadé, *Le code civ. et ses interpr.*, id., XXX; Taillandier, *Sources*, id., XXXIX; Troplong, *Esprit democrat. dans le Cod.*, XXXII, XXXVII, XXXIX; Sévin, *Les origines révolution. de Cod.*, 1879; Coraccini, *Storia dell'ammin. del regno d'Italia durante la domin. fr.*, 1808.

Il Codice napoleonico, con molto spirito pratico, eliminò il diritto fossile e assise solidamente il diritto civile sopra una doppia base storica, il diritto romano e il germanico, limitò l'applicazione esagerata del *gius* romano, non accordandogli che l'autorità di ragione scritta, senza obbligare il giudice a seguire le sue disposizioni speciali, ma permettendo al diritto nazionale di appropriarsi tutto ciò che ha valore assoluto nel diritto romano, sì notevole pel suo sviluppo scientifico: diede al ragionamento quell'importanza, che fino allora avevano avuto in generale le opinioni degli altri. I suoi redattori quindi non furono nè vollero essere novatori, e fecero un codice che rappresentava una transazione fra il diritto scritto e il consuetudinario, fra l'antica giurisprudenza e le dottrine della rivoluzione. Da queste presero i principii dell'eguaglianza, libertà, inviolabilità della proprietà, e quindi innalzarono un monumento socialmente democratico, senza distinzioni di classi, ma basato sull'eguaglianza di tutti in faccia alla legge. Da quella presero le massime che l'utilità pratica e la scienza avevano consacrato per lungo uso. Le sue fonti sono: le *coutumes* o statuti (di origine e carattere germanico) della Francia del Nord e specie quella di Parigi, messe a profitto nelle disposizioni sull'autorizzazione maritale, le servitù legali degli edifizii, la successione legittima, la comunione fra coniugi, la locazione a soccida; e dal diritto germanico derivano anche le norme sulla forza obbligatoria degli statuti reali e personali (art. 5), l'esclusione degli stranieri dai diritti civili e dall'eredità (art. 11, 726, 912, 980), il carattere della dote, come anteparte ereditaria (art. 204), la protezione maritale (art. 213), la patria potestà, la porzione disponibile, le donazioni fra vivi, gli esecutori testamentari, la natura giuridica della successione, la divisione delle azioni in mobiliari e immobiliari, la dottrina del possesso e delle azioni possessorie. Invece il diritto romano servì di guida nelle materie relative alla proprietà, alle servitù, alle obbligazioni e ai contratti. — Numerosi materiali fornirono le ordinanze reali per le norme sugli atti di stato civile, donazioni e sostituzioni: quelle sul matrimonio, patria potestà, sui privilegi e le ipoteche derivano da leggi del periodo rivoluzionario. Le dottrine tratte da queste fonti, molte delle quali erano state già formulate da Pothier, furono completate, modificate e coordinate in un tutto, mediocremente però armonico, perchè spesso lo stesso pensiero si smarrisce nella folla dei particolari, a danno dell'unità, nell'eccessivo numero di regole, che imbarazzano il giudice invece di illuminarlo e gli tolgono la latitudine per appropriare la sua decisione alla varietà dei fatti.

Contemporaneamente furono estesi al Regno italico il Codice di procedura civile 1806 (le cui fonti sono: l'ordinanza del 1667, e le leggi processuali emanate durante la rivoluzione) e nel 1808 il Codice di commercio, che adattò ai nuovi bisogni le due ordinanze del 1673 e 1681 sul commercio terrestre e marittimo. Le leggi penali francesi del 1791, 1796 (3 brumaio, anno IV) e poscia quelle del 1808, 1810, e quelle di procedura criminale del 1809, divennero successivamente obbligatorie, anche nell' Italia sog-

getta ai Francesi, dopo però un grande lavoro di revisione che salvò una parte del patrimonio giuridico nostrano e mostrò che la scienza italiana era ancora degna delle sue illustri tradizioni (Vedi § 79) (1).

Nell'Italia meridionale soggetta a Giuseppe Bonaparte, le due leggi del 1808 sui *delitti e le pene*, apparvero a comporre in un primo Codice penale le dottrine innovatrici francesi colle tradizioni della giurisprudenza italiana. Esse sostituirono alle antiche leggi e alla pratica forense un sistema di giustizia punitiva fuori dell'arbitrio, un sistema ciò che distinguevasi per queste novità specialmente, per la motivazione dei giudicati, per l'abolizione delle prove legali eccezionali e privilegiate, e dei procedimenti fiscali informativi.

I governi, le giunte e consulte (come a Roma, Lucca, Toscana) che funzionavano nei singoli dipartimenti italiani, pubblicavano periodicamente *Bollettini* di leggi, decreti imperiali, atti governativi, ecc., riguardanti l'amministrazione, la finanza e la polizia. In queste e in altre raccolte, trovansi le molte costituzioni date e fatte per gli Stati italiani in questo periodo: Costituzione della Repubblica cispadana, proclamata a Modena il 27 marzo, imitata dalla Costituzione francese dell'anno III, 1797, in 378 articoli; Costituzione della Repubblica cisalpina proclamata a Milano 9 luglio 1797; id. rivista da Bonaparte 1798; Costituzione della Repubblica partenopea 1799; Costituzione della Repubblica italiana, 26 gennaio 1802; Atto costituzionale della repubblica italiana, 1806, in 128 articoli; Stat. costituzionale, 27 marzo 1805, 5 giugno 1805, 16 febbraio 1806, 20 dicembre 1807; Costituzione della Repubblica ligure, 1798 in 390 articoli e 1802; lucchese, 1801, 1805; romana, 1798; napoletana, 1808 (2); Costituzione del regno lombardo-veneto, 24 aprile 1815.

(1) *Collezione dei travagli sul Codice pen. del Regno d'Italia*. Brescia, 1807, 6 volumi.

(2) *Bollettino delle leggi d. Rep. ital.*, Milano, 1802-4, vol. 7; *Bollett. d. leggi del Regno d'Italia*, 1805-13, vol. 21; *Raccolta delle leggi costituzionali, statuti, decreti, Codici regolamentari, istruzioni ministeriali, pubblicate negli Stati che formano il Regno di Italia, dal maggio* 1796 *all'aprile* 1814, *con annotazioni testuali e storiche*, dell'avv. P. M. Bologna, 1853. *Collection des constitutions, chartes*, ecc., par Dufall, Duvergier e Gaudet, 1823, IV. Molte indicazioni bibliografiche specie intorno alle Raccolte di leggi pubblicate dai governi provvisorii d'Italia sotto la dominazione francese trovansi in Scaduto, *Diritto ecclesiastico vigente in Italia*, 1889, p. 21-65.

CAPO XXX.

LEGISLAZIONE DELLA RESTAURAZIONE (*).

97. (Stati Sardi). Ristaurata la monarchia un R. Editto 21 maggio 1814 aboliva le leggi francesi e richiamava in vigore le Costituzioni di Carlo Emanuele del 1770 e le altre provvidenze emanate fino ai 23 giugno 1800, eccetto la tortura. Ma a Genova il re Vittorio Emanuele I mantenne le leggi francesi (tolte quelle sul divorzio e alcune altre): e pel resto degli Stati, sordo ai disegni riformatori di Prospero Balbo, ritenne di aver dato ampia soddisfazione ai nuovi tempi e alle nuove idee mantenendo l'abolizione di ogni feudalità e di ogni soggezione di persona a persona e di persona a fondi (ristabilendo però il sistema dei fedecommessi). Anche nella collezione di leggi civili e criminali promulgata per la Sardegna nel 1827 e composta sui vecchi editti e prammatiche non lasciò il re penetrare il soffio della nuova vita politica e sociale. Asceso al trono Carlo Alberto le riforme arrestate ripresero il loro corso: commissioni furono nominate per redigere Codici: e da esse uscì un Codice civile (Cod. albertino) che fu promulgato nel 1837: un Cod. penale (reclamato dall'opinione pubblica e dai dotti cui repugnavano le antiche leggi penali, irrazionali e atroci sanzionanti ancora la ruota e le tenaglie) ebbe la regia sanzione nel 1839. Seguì il Cod. di commercio nel 1842: quello di proc. civile (troppo servilmente imitato dal francese), nel 1854, riveduto e perfezionato nel 1859; quello di proc. penale nel 1847 (1).

Questa nuova legislazione che poi ebbe in parte la fortuna di essere estesa a tutta Italia suscitò attorno a sè una mediocre letteratura (pel Cod. civ. Pastore, Ferrero: pel comm. Portula, Sassi, Montagni, Paroletti, Parodi). Le leggi processuali ebbero invece eccellenti commentatori nei napoletani rifugiati Mancini, Pisanelli e Scialoia. Buona fu la giurisprudenza sarda (racc. da Martelli, Bettini, dalla *Gazzetta dei Trib. di Genova*, 1848 e da Gervasoni, *Giurispr. del Senato di Genova*).

98. (Lombardo Veneto). Riconquistata la Lombardia col Veneto, gli Austriaci vi portarono il Cod. civile austriaco promulgato a

(*) **Bibliografia.** — Sclopis, III, 1ª e 2ª; Pisanelli, *Progressi del dir. civ. in Italia nel sec.* XIX, 1870; Ulloa, *Vicende e progressi del dir. pen. in Italia*, 1848; Zuppetta, *Corso di legisl. pen. comparata*, 3 vol., 1857. Mancini, *Proc. civ. sarda*, II, 33. Ed. *Collez. compl. dei moderni Codici civili degli Stati d'Italia*, Torino, 1845, 1 vol.

(1) *Collez. celerifera di leggi, decreti e istruz. dal 1822*, Torino; *Editti, patenti, manifesti e proclami del Regno Sardo*, Torino, 1814 in avanti.

Vienna nel 1811, che divenne obbligatorio per queste provincie dal gennaio 1816. Era un Codice liberale, meditato (1), accetto alle popolazioni, a base germanica in materia di diritti personali e foggiato sulle dottrine romane pei diritti reali, redatto con abbondanza di definizioni, spiegazioni, consigli, ingiustamente trascurato nelle seguenti codificazioni. Il Codice penale austriaco del 1803 promulgato in Lombardia nel 1815, vi durò fino al 1852, epoca in cui fu pubblicato un nuovo. La procedura penale fu disciplinata dal Regolamento 17 gennaio 1850, che introdusse gli ordinamenti francesi, non esclusa la giuria, modificato poi il 31 dicembre 1851 da disposizioni sovrane in senso retrogrado, e dal Regolamento 29 luglio 1853, che aboliva l'antica procedura camerale segreta e introduceva la pubblicità dell'accusa e la libertà della difesa. Le leggi processuali civili erano contenute in regolamenti emanati in epoche diverse (Regol. lomb. 1796: processo sommario 1850, commerc. 1816 e 1850, ecc.). Il Cod. di commercio era il francese in quanto non contraddiceva al Cod. civile: il diritto marittimo era regolato dall'Editto politico di navigazione mercantile austriaca del 1774.

Il Cod. civile ebbe commentatori nel Basevi, Nippel, Reali, Mattei, Amati, Castelli: la procedura civile nel Piccoli: la penale nel Resti-Ferrari; il Cod. comm. nel Reali, Zurardelli, Castelli, Foramiti: e fra i periodici ricordiamo il *Giornale di giurispr. pratica*, 1840: il *Giornale per le scienze politico-legali*, Milano, 1850; l'*Eco dei Tribun.* di Venezia.

99 (Ducati e Toscana). Nel 1816 fu preparato un progetto di Cod. civile pei ducati di Parma, Piacenza e Guastalla, e promulgato soltanto il 10 aprile 1820. Fu ritenuto superiore ad ogni altro Codice comparso dopo la ristorazione. Nello stesso anno furon pubblicati il Cod. penale e di proced. crimin. e quello di proced. civile, fatto sulle leggi francesi ed austriache, ma con notevoli miglioramenti dovuti a Romagnosi. Vi si faceva tesoro dei progressi della scienza nel valutare le penalità e vi si accoglievano le istituzioni giudiziarie francesi ad eccezione del giurì: limitavasi l'arresto personale. Il dir. commerciale continuò ad essere regolato dalle leggi francesi. — A Modena nel 1814 Francesco IV richiamò in vigore le Costituzioni estensi del 1771, a cui si introdussero alcune modificazioni, finchè nel 1851 fu promulgato un elaborato Codice civile, molto lodato, poco diverso però dal parmense, ma con maggior prevalenza del gius comune e delle antiche dottrine ita-

(1) Collegavasi ai progetti dei Cod. teresiano e giuseppino: sui quali v. Domin-Petrushevecz, *Neuere oesterreich. Rechtsgesch.*, 1859; Harrasowsky, *Gesch. d. Codific. des oesterr. Civilrecht.*, 1868; Pfaff u. Hoffmann, *Comm. z. oesterr. burg. Gesetzb.*, I, 1877, 1-58.

liche a scapito delle francesi. Nel 1851 fu pure promulgato il Cod. di commercio, e quello di procedura civile lodatissimo: nel 1855 il Cod. criminale e di procedura criminale, basato in parte sul sardo e sul toscano, concepito a scopo di eccessiva intimidazione e quindi prodigo di pena capitale, galera perpetua, non privo però di alcuni buoni istituti consentanei alle tradizioni italiane sulla dottrina generale del reato. — In Toscana, Ferdinando III il 15 novembre 1814 richiamò in vigore le leggi toscane anteriori al 1807 e nello stesso tempo disponeva per la redazione di nuovi Codici. Nell'abolizione delle leggi francesi non erano compresi il Cod. di comm., le leggi ipotecarie, quelle sul registro e sulle prove testimoniali. Invece furone abolite le leggi francesi sullo svincolo dei fedecommessi, sulla soppressione della feudalità e degli statuti municipali. Nel 1818 la Commissione legislativa pubblicò un frammento di Cod. civile che comprendeva la patria podestà, l'adozione, l'emancipazione, la legittima, la tutela, la dote, sulla base del diritto romano: ma il Codice completo promesso mai venne alla luce. E così fino al 1860 la legislazione civile toscana si componeva delle leggi romane e canoniche, delle leggi toscane dal principio del Granducato al 1808, di quelle posteriori al 1815, delle francesi non abolite, di alcuni *motu* proprii, decreti, circolari, ecc., legislazione tutta rattoppi, e invece di un assieme organico, faraggine di leggi sconnesse e difformi, senza un principio direttivo, ora infranciosate all'eccesso ora di un romanismo fuor di posto.

Nel 1853 fu promulgato il Cod. penale in parte modellato sui Codici tedeschi, che sebbene accogliesse la pena di morte (abolita poi con decreto dittatoriale del 1860), metteva però a base di tutto il sistema penale il carcere penitenziale. Nel 1816 fu pubblicata una legge eccezionale sull'istruzione orale nei processi, nel 1838 un regolamento pei processi civili e penali, completato da una dichiarazione ed istruzione nel 1849. Leggi penali e processuali militari vennero promulgate nel 1815, 1819, 1826.

I ducati ebbero scarsa letteratura giuridica, ma buona e stimata giurisprudenza, raccolta per Parma dal Melegari; per Modena dal Bosellini, Tardini, Veratti, dal Minghelli e dal Raisini. Quella di Toscana fu raccolta negli *Annali di Giurispr.* e in un pregevole periodico scientifico, la *Temi* del Panattoni, 1847. Commenti alle leggi civili toscane scrissero Piccoli, Sabbattini e Sacchelli, a quelle di procedura civile e criminale Nenci e Paoletti.

100 (Stati Pontifici). Abolita la legislazione francese con editto 13 maggio 1814 fu richiamata in vigore l'antica legislazione civile e criminale. Ma col motuproprio 6 luglio 1816, riconosciuta l'impossibilità di ristorar tutto il passato, si abolivano gli statuti

municipali e nominavansi commissioni per preparare Codici. Il Codice civile mai venne alla luce: quello di procedura uscì nel 1817 e fu modificato nel 1824. Un regolamento provvisorio di commercio fu reso obbligatorio in tutto lo Stato nel 1821. Nel 1832 e 34 Gregorio XVI pubblicò due regolamenti sui delitti e pene e sugli ordini giudiziari, basati sui Codici francese, parmense e napoletano. Pio IX nell'8 febbr. 1848 promulgò una Riforma civile che regolava lo stato civile, il dominio, la servitù, i testamenti, la lesione, la redibitoria, la prescrizione, e il 9 marzo regolò l'affrancamento dei canoni e livelli, le ipoteche e abolì le sostituzioni fidecommissarie. In complesso si aveva una quantità di leggi sconnesse, arcaiche, e forme e pratiche antiquate.

Della letteratura giuridica romana meritano speciale menzione i commenti alle leggi commerc. del Cesarini. Le decisioni dei diversi tribunali furono edite dal Belli, *Foro rom.*, Belloli, Politi, Cecconi, Bruschi, ecc., e le commerciali nella raccolta *Decis. S. Rotae Rom. in re commerc.*

101 (Regno delle Due Sicilie). Nelle provincie di qua del Faro i Cod. francesi rimasero in vigore fino al 1819, anno in cui fu promulgato il *Codice per lo Regno delle due Sicilie* diviso in cinque parti; leggi civili, penali, di procedura nei giudizi civili e penali, di eccezione per gli affari di commercio. In regola generale era il Codice napoleonico riprodotto, salvo alcune modificazioni in materia matrimoniale regolata secondo il diritto canonico che era gius sussidiario. In Sicilia i Codici francesi non erano mai stati promulgati e quindi fino al 1819 erano rimaste in vigore le antiche leggi sveve, aragonesi, austriache, borboniche, le consuetudini, ecc. La legislazione penale napoletana segnò un reale progresso fra i Codici d'Europa; tanto che alcuni de' suoi istituti vennero accolti dalla Francia nella revisione delle sue leggi penali del 1832. Vi erano riprese le dottrine italiche sulla imputabilità e sul conato criminoso: abolite le pene infamanti, confisca, marchio, gogna, morte civile. Il procedimento in fondo francese ma perfezionato dal Nicolini vi ebbe la guarentigia della pubblicità e oralità dei giudizi e della motivazione dei giudicati. Nel 1819 furono pure pubblicati gli statuti penali militari e la legge sul notariato. Fanno seguito a questi Codici una grande quantità di reali rescritti, regolamenti, sovrane risoluzioni, istruzioni ministeriali riguardanti massime di pubblica amministrazione in materia civile, penale, ecclesiastica, commerciale (raccolti dal Diaz, 13 vol.).

La letteratura giuridica delle Due Sicilie consiste quasi tutta in traduzioni di opere francese. Nel Regno gli Arresti delle Corti francesi godevano incontrastata autorità. Quindi poca produzione locale e anche questa colpita da sterilità (Magliano, Carillo, Moreno, Vaselli, Marini,

pel dir. civ.: Castellano, Vignali, D'Ettore pel comm.). La giurisprudenza fu raccolta dall' Agresti, *Decis. d. G. Corti civ.*, nella *Gazzetta de' Tribun.*: e nelle *Ore solitarie* di Mancini, *Temi napolet. Annali di legislazione*, e per la Sicilia nelle *Decisioni della G. Corte civile* di Palermo e negli *Annali di legislaz. patria e straniera* del Lamantia.

102. (Statuti politici) (*). La dominazione francese aveva però lasciato in Italia i semi del libero vivere politico, che moti politici, indarno soffocati nel sangue di martiri, lavoro indefesso di pensatori e di uomini d'azione e altri avvenimenti non tardarono a far germogliare. I governi, o forzati o speranzosi di fuggire il pericolo che minacciava i loro troni, concessero carte, colle quali riconoscevano il diritto popolare e promettevano governi costituzionali; e sono, la costituzione del Regno napoletano del 7 luglio 1820, presto violata, poi quella data da Ferdinando II, 10 febbraio 1848; lo statuto fondamentale toscano di Leopoldo II, 15 febbraio 1848; quello degli Stati Sardi di Carlo Alberto, 4 marzo 1848; la Costituzione per gli Stati Pontifici data da Pio VII, 6 luglio 1816, e lo Statuto romano di Pio IX, 14 marzo 1848; lo Statuto fondamentale del Regno di Sicilia, 10 luglio 1848; le basi fondamentali della costituzione pubblicate dalla Reggenza parmense d'ordine del duca di Parma, 29 marzo 1848; le promesse di statuti contenute nella nomina della Reggenza, pegli Stati Estensi, 21 marzo 1848, con cui si invitavano i sudditi a star tranquilli e a lasciar tempo al duca di provvedere alla loro felicità — o meglio di aspettare gli eventi —; la costituzione di Sicilia data da Ferdinando II, 28 febbraio 1849; la costituzione della repubblica romana, 9 febbraio 1849. Ma avendo gli Austriaci ribadito sugli Italiani il triste giogo, queste costituzioni furono calpestate dagli stessi sovrani: una sola casa, quella di Savoia, tenne fede leale ai patti giurati. Lo Statuto del Piemonte divenne quello dell'Italia una.

CAPITOLO XXXI.

LEGISLAZIONE DEL NUOVO REGNO (**).

103. All'unificazione politica si imponeva far seguire presto la unificazione legislativa.

(*) **Bibliografia.** — *Raccolta di costituzioni italiane*, 1852, nella *Biblioteca dei comuni italiani*; II e VII. Le leggi e decreti dei governi provvisori furono pubblicate per la Venezia da Cecchetti, e per gli altri Stati in molte Raccolte e Bollettini.

(**) **Bibliografia.** — Huc, *Cod. civ. italien*, 1868; Gide, *Législation civile dans le nouveau Royaume d'Italie*, 1868; Fanti, *Del movim. legislativo sotto V. E.*, 1859-78, Imola, 1880; Icilio Vanni, *Progressi*

La nuova Italia aveva bisogno di nuove leggi. Nè conveniva estendere le sarde a tutta la penisola, nè un nuovo Codice era pronto, nè era agevole apprestarlo in quei momenti. Fu d'uopo quindi lasciare pel momento, nelle provincie annesse, in vigore le leggi esistenti, modificandole nelle parti in cui più dissonavano coi tempi mutati, o provvedere come l'esperienza o la fretta suggerivano. Nelle Romagne (1859), Umbria e Marche (1860) furono abolite le leggi civili pontificie e richiamato in osservanza prima il Codice francese poi l'albertino; nell'Emilia fu tosto promulgato il detto Codice albertino; invece in Toscana, in Lombardia e nelle Due Sicilie fu lasciato in vigore il diritto esistente, salvo quanto era contrario allo Statuto e salva qualche altra disposizione civile che vi fu particolarmente estesa. Ovunque furono abolite le primogeniture, i fedecommesi e vietate le disposizioni fiduciarie. Ad una nuova, unica codificazione civile da tutte le regioni richiesta attesero i guardasigilli Cassinis, nel 1860, Miglietti nel 1862, Conforti nel 1863, Vacca nel 1865, e a lui riuscì di far approvare e promulgare un suo progetto di Codice civile « monumento legislativo, atto a far riconoscere nella legislazione di uno Stato nascente, il senno civile di un popolo adulto » (Pessina), assieme al Codice di procedura civile che in quasi tutto riproduceva il Sardo del 1859. Nello stesso anno fu esteso a tutt'Italia il Codice sardo di commercio del 1842, modificato dalle leggi 1853 sulle cambiali, 1854 sui mediatori, e da nuove disposizioni, e fu pubblicato, in sostituzione delle antiche leggi sarde che erano state estese anche alle Marche, Umbria, ecc., un Codice della marina mercantile che durò fino al 1877, anno in cui ne fu promulgato un nuovo, opera del Ministro P. S. Mancini.

Il Codice penale e di procedura penale, dato alla nuova Italia fu quello che Vittorio Emanuele II aveva promulgato pel Piemonte nel 1859, frutto di una riforma lungamente meditata. Ma integralmente esso non imperò che nelle provincie dell'Alta Italia e nelle romane perchè nell'Italia meridionale il Codice penale, per decreto del luogotenente, 17 febbraio 1861, soggiacque ad alcune modificazioni, per le quali si conservarono certi istituzioni proprie del Codice del 1819. In Toscana invece non fu promulgato e continuò ad aver vigore il lorenese del 1853. La causa di questa simultanea presenza di tre Codici penali era dovuta alla pena di morte che il Codice sardo ammetteva e il toscano respingeva.

---

della legislaz. civile in Italia, dopo la rivoluzione, 1878: G. Bollati, *Fasti legislativi delle rivoluzioni italiane del secolo XIX*, vol. 2; Emilio Bianchi, *Studî ed appunti di diritto civile. Origine del Cod. civile e suoi pregi e difetti. Presente condiz. della legisl. italiana*, 1887.

Venuti in tempi diversi e ispirati da diverse scuole i tre Codici avevano disposizioni affatto diverse e contradditorie sia nella nozione giuridica delle azioni criminose, sia nella specie e distribuzioni delle pene; donde difformità nelle pene, come nella determinazione giuridica dei reati. Nel 1865 fu esteso a tutto il regno il Codice sardo di procedura penale del 1859. Nel 1869 furono promulgati un nuovo Codice penale militare in sostituzione di quello del 1859 e un Codice penale militare marittimo. Col Codice penale del 1889, preparato da lungo lavoro di giureconsulti e ministri, ma condotto a termine dalla perseverante opera del Ministro Zanardelli, l'Italia ha compiuta la desiderata unificazione penale. Il nuovo Codice, a giudizio dell'universale, improntato alle gloriose tradizioni della scuola penale italiana, inauguratore di una riforma penitenziaria, è ritenuto avere realizzato grandi progressi e rappresentare un gran passo nella scienza e nella legislazione.

Il Codice di commercio albertino, fu pure esteso all'Emilia, Marche, Umbria nel 1859-60. Il 1865 fu promulgato un nuovo Codice per tutta Italia che durò in vigore fino al 1° gennaio 1883, epoca in cui ne fu promulgato un nuovo, anche questo dovuto a Zanardelli, e meritamente lodato come rispondente ai bisogni del moderno commercio e ai progressi della scienza. I lavori preparatorii di questo Codice risalgono al 1869: vi attesero commissioni di magistrati, giuristi, insegnanti, ecc., sotto la direzione dei ministri Raeli, De Falco, Mancini il quale nel 1877 formulò un progetto che dopo lunghe vicende fu promulgato con legge 2 aprile 1882.

PARTE TERZA

DIRITTO PUBBLICO ITALIANO

CAPO I.

ISTITUZIONI POLITICHE DEI REGNI GERMANICI (*).

104. Anche prima delle migrazioni, erano avvenuti nella costituzione politica dei Germani importanti mutamenti. La spinta esercitata dai Romani ai confini del sud e dell'ovest, e quella che facevano altri Germani sopravenienti ai confini del nord e dell'est, avevano avvicinate, pressate le une sulle altre, confuse in grandi agglomerazioni, legate tutte a uno scopo e a una sorte, la comune difesa, le popolazioni germaniche, le quali per interne divisioni e per mancanza di unità non avevan potuto resistere ai Romani. Conseguenza di questo fatto erano stati un nuovo distribuirsi delle *civitates* e delle schiatte, un ordinarsi di esse in grandi masse e in forme politiche più rispondenti al bisogno di unità da tutti sentito, e come ultimo risultato la fondazione delle grandi monarchie. Già fino al IV secolo si iniziava il rapido tramonto delle autonomie locali e della vita politica tutta popolare. Si erano sciolte le leghe delle tribù e le unioni religiose; dei concilii delle *civitates* quasi più traccia e invece frequenti erano le riunioni dei *proceres;* cresciuti inoltre erano i poteri dei principi, a cui era riescito di assicurare il possesso ereditario della presidenza della centena, e anche i *duces* erano divenuti stabili ed esercitavano la sovranità di loro propria autorità. Come i duchi dei Longobardi e gli ealdormen degli Anglosassoni, essi furono in questo momento veri e proprii re di piccole aggregazioni che aspiravano colle armi ad esercitare

---

(*) **Bibliografia.** — Sybel, *Entstehung d. Koenigsthums*, 1881; Dahn, *Koenige d. Germanen.* 6 vol., 1861-85; Kaufmann, *Deuts. Verfassungsgesch.* 2 vol., 1880; Fustel de Coulanges, *Hist. des instit. pol. de la France,* 2 vol., 1875-88. Inoltre Waitz, Sohm, Sybel, Arnold; Tardif, *Instit. politiq. de la France*, I, 1881; Glasson, *Hist. du droit et des Instit. de la France*, II, 1888; e le opere cit. ai §§ 9, 10, 15. Sulla monarchia e dir. pubblico dei Goti vedi Koepke, 1859; dei Visigoti, Rosenstein, 1859, Dahn; dei Bavari, Quitzmann, 1857, Bornack, 1883; degli Anglosassoni, Stubbs, Kemble, Glasson, Winkelmann, 1883; dei Borgognoni, Binding, 1868; degli Alamanni, Merkel, 1849; dei Sassoni, Gaupp, 1837.

un predominio gli uni sugli altri. Questi *pagi* repubblicani divenuti altrettanti regni, come pure le antiche *civitates* rette a monarcato, vollero essere centri di nuove aggregazioni, embrioni di grandi stati; e allora cominciò un periodo di lotte che si chiuse colla vittoria di alcune dinastie che assorbirono le città repubblicane che ancora restavano, ridussero i duchi e i principi che si erano proclamati regoli a una posizione subordinata, prima di vassalli tributarii, poi di funzionarii, restrinsero i diritti del popolo: e per tal via attorno ad esse fondarono le grandi monarchie germaniche e i nuovi regni sul territorio germanico e sul romano.

Le idee che presiedettero alla formazione e sviluppo di essi, la vita politica che vi circolava e la struttura amministrativa non sono completamente germaniche (come vogliono Waitz, Gierke, Sohm) nè tutto è romano (sistema di Sybel, Petigny, Lehuërou, Tardif, Fustel). Vi mancano gli antichi precipui caratteri dell'ordinamento politico germanico, le assemblee popolari, i *principes* eletti dal popolo, la giustizia amministrata nelle assemblee popolari, la libertà individuale e l'indipendenza completa del cittadino. E d'altro lato non vi è la forte idea romana dello Stato. Il modo con cui si fondarono, spesso violento, la esigenza della loro posizione d'offesa e di difesa, le necessità delle migrazioni produssero un nuovo elemento tutto personale, il potere regio, che è il carattere più spiccato del diritto pubblico germanico di questo tempo. Esso trovasi già delineato e in via di sempre più crescente sviluppo presso tutti i nuovi stati, ma raggiunse il punto di maggiore intensità nella monarchia franca dei Merovingi e dei Carolingi, dalla quale derivò il concetto delle moderne monarchie assolute.

La costituzione dei singoli stati germanici nei suoi principali elementi è uniforme. A capo dello Stato vi è il re che riassume nelle sue mani tutti i poteri che prima erano nel popolo, non come delegato di questo, ma per diritto suo proprio. Al popolo egli riserva una posizione politica nominale e il rispetto del diritto di ognuno e del nazionale; egli non è ancora tutto, perchè presso alcuni popoli (Bavari, Longobardi) precedenti condizioni storiche circoscrivono la sua sfera di azione e perpetuano ancora alcuni resti, sempre più rari, del potere rivale dei duchi e dell'intervento del popolo nei pubblici affari. I poteri del re sono militari (*heribannus*), giudiziarii (*bannus*), amministrativi. Egli convoca, organizza e conduce l'esercito; fa le paci e le alleanze; ha la suprema giurisdizione, esercita il diritto di grazia, giudica le cause di denegata giustizia o per violazione del diritto; la sua ingerenza, per i primi tempi, nell'amministrazione della giustizia è grandissima e solo in seguito vi rinunzia limitando il suo foro ad alcune cause e ad alcuni privilegiati (le vedove, gli orfani, gli ecclesiastici, i poveri

e i commendati). In forza di questo diritto di banno, che ha ereditato dai sacerdoti antichi, ordina e vieta, promulga ordini amministrativi, provvedimenti temporanei o duraturi, supplisce con essi al silenzio della legge popolare e ne modifica talvolta le norme secondo i bisogni economici e sociali (§ 29, 34, 36), ed in virtù di esso concede privilegi, esenta dal diritto comune privati o chiese, a cui estende la sua speciale protezione (*mundium, verbum, sermo*); e gli ordini e i privilegi da lui impartiti circonda di sanzioni severissime che vanno dal triplicare tutte le pene pecuniarie fino all'esclusione dalla pace pubblica (1). È di questa il re è il solo protettore ed ormai non esiste più una pace del popolo, ma la pace regia o protezione del re sopra tutto il regno. Anche la chiesa ha riconosciuto questa posizione, lasciandogli esercitare grande influenza nelle cose ecclesiastiche, come nominar vescovi, presiedere sinodi e concilii, promulgarne le deliberazioni, limitandosi ad affermare che il re è sottoposto alle norme canoniche, che i diritti che esercita, li possiede come avvocato della chiesa, titolo di onore che gli importa il dovere di realizzare sulla terra il regno di Dio (2).

Al re solo spetta l'organizzazione e l'amministrazione del regno e la nomina dei funzionarii (*duces, iudices, graphiones*) che egli elegge dal suo seguito, per amministrare la giustizia nelle centene in tempo di pace e condurre gli uomini di queste all'esercito per la guerra. Le suddivisioni amministrative consistono nei pagi, centene, comitati e ducati. I ducati erano sottoposti ai *duces* capi militari, ma investiti anche di funzioni giudiziarie e amministrative; i comitati ai conti, di origine militare, e duci infatti delle truppe del luogo quando il re emanava l'eribanno: ma dicevansi anche *judices* perchè erano i giudici e il loro tribunale (*mallus legitimus*) esaminava tutte le cause anche maggiori (libertà, possesso, reati gravi), aveva tutta la polizia locale e rappresentava il re nella protezione della pace e nell'esercizio del banno regio sulle persone a cui era stato largito. Il conte aveva nei singoli distretti in cui dividevasi il comitato officiali minori (*vicarii, tunginus, centenarius* presso i Franchi, *schuldais* presso i Longobardi, *saiones* presso i Visigoti), con poteri di polizia e di giurisdizione

(1) Sickel, *Zur Gesch. d. Bannes*, 1886; Ficker, I, 63 segg. Questo concetto del banno si perpetuò nella *defensa* del diritto siculo (*Const. sic.*, I, 11), che è parimenti un ordine, un divieto speciale che può invocare chi teme attacchi. Per difendersi bastava opporre la *defensa* in nome del re; e questa *defensa* importava anche diversa giurisdizione e procedura. V. Brunneck, 335-341.

(2) Gengler, *Einfluss d. Christenthums auf d. altgerm. Rechtsleben*, 1854; Loening, *Gesch. d. d. K.R.* (cit. § 142), II, p. 16 segg., 32, 34, 158: Weyl, *Frank-Staatskirchenrecht z. Zeit. d. Merov.*, 1888, p. 7 e seguenti: Waitz, IV, 664 segg.

nelle cause minori, per mezzo dei quali esigeva i tributi pubblici (1). Vi era poi anche una corte attorno al re, la quale potrebbe fino a un certo punto rappresentare un'amministrazione centrale, perchè servendo la persona del re acquistava influenza nelle cose di Stato. Componevanla un *thesaurarius*, un *referendarius* e tanti altri destinati a officii personali ma onorifici (*marescalcus*, *coquus*, ecc.); questa corte è distinta dal seguito regio (*trustis dominica*) composta dagli *antrustiones*, dagli *optimates*, dai *convivae regis*.

Il modo della nomina del re non era mutato dagli antichi tempi, ossia l'ereditarietà colla conferma dei grandi del regno, cioè l'elezione con riguardo alla famiglia dominante; però sempre più diffondevasi il principio della successione colla restrinzione della capacità personale del chiamato al trono. Presso i più la successione alla corona si modellava sul diritto ereditario agli immobili, perchè la corona era riguardata come un diritto immobiliare e il diritto della famiglia a succedere come un diritto privato. Dacciò la preferenza assoluta dei maschi sulle donne (come presso i Franchi Salii, dove il regno andava diviso fra i maschi quale eredità paterna); dacciò, in mancanza di maschi, la preferenza delle figlie sugli agnati (come presso gli Ostrogoti) (2).

Gli ordini sociali avevano in seguito alle migrazioni subìto qualche mutamento. Accanto alla antica nobiltà (§ 149) che si manteneva nelle famiglie regali, ne era sorta una nuova costituita dai grandi del regno e dai maggiorenti, per ricchezza, fra i liberi. La classe dei semiliberi (§ 153) era grandemente cresciuta di numero. I servi (§ 151) avevano peggiorata la loro condizione. I liberi (§ 147) cui nè uffizii nè grande possesso davano importanza, conservavano coll'onore delle armi la personale libertà, ma senza influenza politica, che era esercitata nelle assemblee esclusivamente dai grandi. Disperso il popolo in un vasto territorio le assemblee popolari non potevano essere frequenti nè riuscire solenni. Se ne tenevano ancora con diversi nomi (il campo di marzo dei Franchi, la *thinx* dei Longobardi, il *vitenagemot* degli Anglosassoni), ma non erano più sì pregiate come le antiche. Da mensili erano divenute annue (al 1° marzo) e servivano per la rivista dell'esercito

(1) Oltre Waitz, Sohm, Bethmann-Hollweg, v. Thonissen, *Organis. judiciaire de la loi saliq.*, 1883, p. 56 segg.; Beauchet, *Hist. de l'organis. judic.*, 1886, p. 150 segg.

(2) Phillips, *Ueber Erb-u. Wahlrecht mit Beziehung auf das Konigt. d. Germ.*, 1839; Schultze, *Gesch. d. Entwick. der furstl. Hausverfass. im deut. M. A. Z. f. R. G.*, VII; Pflugk-Harttung, *Die Thronfolge im deutschen Reiche Forsch. z. deut. Gesch.*, XVIII, 131 segg.; Kerallain, *La loi saliq. comme loi de succes. à la couronne de France. Rev. hist.* di Monod, XXX, 158 segg.

e per la presentazione dei doni, la forma con cui allora si pagavano i tributi al re. Vi poteva intervenire ogni libero in quanto ve lo chiamassero i suoi doveri militari, ma la grande estensione dell'esercito fece sì che solo i grandi e i capi delle singole divisioni o i notabili che formavano il consiglio del re, vi intervenissero. Così queste assemblee non avevano più il carattere e il valore delle antiche e meno ancora li avevano le riunioni provinciali o giudiziarie che si tenevano per affari locali (1). Ai primi tempi delle fondazioni de'nuovi regni non esisteva ancora un giuramento di fedeltà da prestarsi al re (Sickel) o se vi era, la sua indeterminatezza vieta di precisarne la natura e il significato e che cosa in concambio garentiva il re (Waitz). Furono i Franchi che ne fecero veramente un'istituzione di Stato.

CAPO II.

ISTITUZIONI POLITICHE DEGLI ERULI E DEGLI OSTROGOTI (*).

105. La partizione dell'impero fatta da Teodosio segnò il principio della caduta della potenza romana. Lui morto, l'impero occidentale venne a trovarsi in una situazione affatto nuova. Fino a lui la suprema potestà era stata tenuta dal principe; dopo lui i principi non l'esercitarono che nominalmente, di fatto regnando i ministri barbari vestiti delle dignità di maestri delle milizie o di patrizii dell'impero. E dalle relazioni stabilite fra questi e gli imperatori dipesero i destini dello stato. Dapprima ebbero carattere di patronato o protezione volontaria (come Ezio e Stilicone), poi si convertirono in arbitrato violento e allora i ministri divennero distributori del potere (così Ricimero). Colla deposizione di

(*) **Bibliografia.** — Hegel, 76-92; Baudi di Vesme e Fossati, 223-249; Hartmann, *De Odoacre*, 1863; Aschbach, *Gesch. d. Herulen*, 1835. Su Teodorico v. Cocklaeus, 1554; Boechler, 1661; Hurter, 1807; Manso, *Gesch. d. Ostgoth. Reiches in Italien*, 1824; Sartorius, *Versuch über die Regierung der Ostgoth*, 1824; Pavirani, *Storia del regno dei Goti in Italia*, 1846; Bertolini, *I barbari*, 1881; Tamassia, *Sul comes Goth. Arch. stor. lom.*, 1884; Gaudenzi, *Rapporti fra l'Italia e l'impero d'Oriente fra il 476-554*, 1888, I, 97; *Cassiodoro e l'opera sua*, *Atti e mem. d. Soc. di st. patr. delle Romagne*, sez. III, vol. III e IV, 1885-87; Hodgkin, *Italy and her invaders*, II e III. 1885; *Lettres of Cassiod.*, 1886; Pflugk-Harttung, *Thronfolge im Reiche der Ostgothen, Z. f. R. G.*, XXIII, 1889, p. 202-229; Dahn, *koenige* II; Mommsen, *Ostgoth. Studien Neues Arch.*, XIV; Garollo, *Riv. europea*, Firenze, 1877-78.

(1) Waitz, II, 2, 176-183; III, 554-599; Schroeder, § 22; Sickel, cit. § 110.

Romolo Augustolo, la sovranità nominale sull'Occidente passò nella reggia di Bisanzio e l'arbitrato violento dei ministri si convertì in rappresentanza giuridica, in vicariato dei barbari. Tale fu la condizione di Odoacre (476-489) e di Teodorico (489-526) veri vicarii degli imperatori bizantini da cui ebbero l'investitura della diocesi d'Italia, ultimo avanzo dell'impero d'Occidente. L'Italia era in tal modo ancora riguardata come congiunta all'impero e l'*uterque orbis* continuava a formare un'unità ideale, un *imperium individuum*. Odoacre governava l'Italia a nome dell'imperatore; e con lui furono mantenute tutte le istituzioni politiche romane e i municipii, e il diritto fu esteso anche ai barbari nei loro negozii coi Romani; anzi quella riunione dell'Occidente all'Oriente poteva far credere cessato quel congiunto reggimento concepito da Diocleziano e attuato da Costantino e che di mutato vi fosse soltanto la sede della reggia. E gli Italiani avrebbero accettato volentieri questo stato di cose, se Odoacre non avesse loro confiscato il terzo delle terre italiane per distribuirlo ai suoi barbari, applicando ai *praedia rustica* gli Editti di Onorio e Valentiniano III che ordinavano alle città di assegnare un terzo delle case ai soldati (§ 109).

Anche colla dominazione ostrogotica che si estendeva in tutta Italia compresa la Sicilia, le Alpi Retiche e Nordiche, la Savoia e la Gallia fino al Rodano, non vi fu mutamento nella posizione politica della penisola, perchè legalmente non era ancora morto l'impero romano. Teodorico compariva quale inviato dell'impero cui era affidato rivendicarne i diritti: egli doveva reggere per diritto proprio quale re dei Goti il suo popolo stabilito in Italia e quale vicario dell'impero sotto la giurisdizione imperiale, gli Italiani. Era pur questa la posizione di Odoacre, dopo il riconoscimento imperiale, colla differenza che i barbari di lui non costituivano una nazione come quelli di Teodorico. Per afforzare la sua signoria egli volle anche dominare legalmente sui Romani, esserne il re, e ottenne infatti la *vestis regia* e fu fatto signore indipendente dell'Occidente, senza che per questo fossero rotti i vincoli che legavano l'Italia all'impero, vincoli di alta sovranità. Nel regno che egli fondò, i suoi Goti non entrarono che come esercito e nel posto delle popolazioni erule alle quali Odoacre aveva ugualmente comandato come re militare. Il suo regno fu la continuazione dell'Occidentale romano, la cui costituzione rimase inalterata. Continuarono a sussistere i municipii coi loro *presides provinciae* eletti dal re e coi loro *defensores* nominati dal clero e dagli onorati (1), le curie coi loro *curatores* eletti pure dal re, i collegi,

---

(1) Chénon, *Études hist. sur le defensor civitatis*, *Nouv. Rev. hist.*, 1889, XIII, 321 segg., 515 segg.; Lécrivain, *Rémarques sur les formes*

il sistema romano del censo, delle imposte, de' tribunali (avendo i Romani conservata l'antica giurisdizione de' loro magistrati, *cognitores*), ecc.; continuarono i curiali a formare una casta ereditaria, obbligata a coprire le cariche municipali, a raccorre le imposte sull'intero territorio municipale, legata allo stato e alla curia pel patrimonio, esclusa da ogni officio di stato poichè tale officio non sottraesse i curiali alla curia. Anzi Teodorico non solo mantenne le istituzioni romane, ma cercò sollevarle, ristaurarle. I Romani parò ebbero a soffrire anche dai Goti una nuova e più onerosa spogliazione di un terzo delle terre, imperrochè non bastando le *sortes Herulorum* ossia le terre che si erano prese gli Eruli a soddisfare gli Ostrogoti, altre terre furono prese, specie nel mezzodì d'Italia, e ripartite. La ripartizione delle vecchie e nuove *sortes* fu compiuta secondo le divisioni naturali della nazione stessa cioè per famiglie e schiatte (*familiae et propinquitates*) e non in misura eguale fra tutti ma secondo i gradi e i carichi di famiglia. I re e i grandi ebbero i latifondi del fisco imperiale; gli altri si accomodarono quali *hospites* presso i proprietarii di terre, e divennero pur essi alla lor volta proprietarii (§ 109).

Anche così distribuiti per l'Italia i Goti continuarono ad essere i soldati, il ceto militare al servizio dell'impero e a costituire una nazione militarmente ordinata sotto officiali Goti. Il loro ordinamento si era però in parte alterato per le condizioni in mezzo a cui vivevano, ma le linee essenziali si erano conservate in grazia di una magistratura introdotta da Teodorico, cioè del *comes Gothorum* che deriva dagli antichi conti o *faths* Goti. Egli era il giudice nelle cause dei Goti, e nel silenzio dell'Editto e dove il diritto romano non poteva applicarsi acconciamente agli usi germanici, giudicava secondo le patrie costumanze: egli risolveva le cause fra Goti e Romani assistito da giudici romani; in guerra era duce, in pace vestiva le funzioni civili e di polizia nelle città e sui Romani stessi. Sotto lui stavano i *tribuni* o *priores* pei Goti sparsi nelle provincie. Avevano poi il comando sopra ogni migliaio i millenarii i quali all'invito dei messi regii (*saiones*) conducevano le loro schiere al re per recargli l'annuo donativo.

Il regno ostrogotico si basava sopra un dualismo di nazionalità che indarno Teodorico cercò comporre. Finchè egli visse e finchè la sua politica generalmente deferente all'imperatore e al Senato fu seguita, il lavoro per avvicinare i due popoli e fondere i Goti entro la vita romana pareva rafforzasse le basi del regno ostrogotico: ma dopo lui altri intendimenti di vera inabilità prevalsero, e allora scomparve d'Italia la signoria ostrogotica.

---

du curator et du defensor civ. dans Cassiod. Mélanges d'archéolog. et d'hist., IV, 1884, p. 133.

CAPO III.

ORDINAMENTO BIZANTINO IN ITALIA (*).

106. Italia restituita nel 552 all'impero e dotata da Giustiniano del nuovo diritto tanto pei Romani quanto pei Goti rimasti, ebbe, non per rescritti imperiali, ma per la forza delle cose, nuova costituzione sotto il governo bizantino. Passato il risentimento e la reazione contro il governo degli ultimi re Goti, si provvide all'organizzazione dell'Italia in senso militare. L'imperatore vi nominava a suo rappresentante generale l'*esarca* (o reggitore di paese straniero ridotto a provincia imperiale) il quale aveva la somma giurisdizione civile e militare sull'Istria, esarcato di Ravenna e Calabria, ducati di Venezia, di Pentapoli, di Napoli e Abruzzo, governo di Roma e di Liguria (Diehl) ma che esplicava più specialmente a Ravenna dove sedeva, perchè altrove i suoi poteri erano delegati a conti e a duchi. L'esarca aveva un consiglio composto di assessori, notai, tesorieri; e sotto lui stavano alcune delle antiche dignità, tutte però sì sminuite di importanza da rappresentare piuttosto un nome che un officio, come il prefetto del palazzo, il questore, il vicario di Roma o il vicario d'Italia residente prima a Milano poi a Genova. Anche al nome di console non corrispondeva più l'alto officio, ma quello era divenuto titolo di onore che si vendeva e che finì poi per essere portato anche dai minori officiali.

Nelle città maggiori (come Roma, Napoli, Gaeta, Benevento) risiedeva un *dux* o stratego con autorità militare e civile, giudiziaria e amministrativa; e nelle inferiori vi erano comandanti minori detti *tribuni* sotto la giurisdizione dei duchi. Al disopra di questi il prefetto del pretorio d'Italia o vicario. Tutti questi cumulavano gli offici civili coi militari con predominio delle funzioni militari sulle civili; e quindi sotto i Bizantini i maggiori privilegi godeva l'esercito, per esempio un foro speciale, vantaggi pel tempo necessario alla prescrizione, ecc.

Nell'interno delle città all'amministrazione locale furono conservati i giudici delle provincie, ma sotto il controllo e il sindacato dei vescovi, dai quali, col concorso dei privati, erano eletti; e così

(*) **Bibliografia.** — Hegel, 93-108; Bethmann-Hollweg, Calisse, *Governo dei biz. in Italia. Riv. storic. ital.*, II, 1885; Gaudenzi, *Rapporti tra l'Italia, ecc.*, 111-128; Diehl, *Etudes sur l'administration byzant. dans l'Exarchat de Ravenne, 568-751*, 1889; Hartmann, *Untersuch. d. Gesch. d. byzantin. Verwaltung in Italien 540-750*, 1889; Raynouard, *Hist. du droit municipal*, 1829.

furono elevati i vescovi a difensori dei provinciali contro le autorità ed investiti delle facoltà di unirsi ai giudici se le parti lo chiedevano e incaricati di vigilare all'amministrazione del municipio (Hartmann, Diehl). Avvilita fu la dignità della curia coll'iscrivervi i condannati, gli eretici, gli ebrei: peggiorata la condizione dei curiali i cui beni non più per 1/4 ma per 3/4 furono vincolati alle curie per soddisfacimento degli oneri pubblici della curia; e ciò con tal strazio loro che cercavano di sottrarsi in ogni modo alla curia, e per non dare successori alla curia non contraevano matrimoni legali o sciupavano i loro patrimonii. Scadute e distrutte le curie, anche la carica di *defensor* era andata prostituita; e uomini abbietti si offrivano per difendere il municipio contro gli abusi degli impiegati governativi. Giustiniano volle rimettere in onore la carica, dandole competenza giudiziaria, affidandone l'elezione al vescovo, al clero e agli ottimati e obbligando i cittadini a coprirla, e creò un'altra autorità municipale, il *pater civitatis* incaricato della polizia cittadina, e sottopose l'uno, e l'altro al vescovo che aveva un diritto generale di sorveglianza sull'amministrazione municipale e provinciale, di appello sui processi, esaminava i conti, eleggeva i magistrati, giudicava i chierici (Chénon). Giustiniano diede alle provincie l'autonomia amministrativa e giudiziaria, facendo i vescovi centro dell'intera amministrazione municipale-provinciale.

Del Senato come corpo politico non più traccia; restò il nome per designare le famiglie senatorie e quale sinonimo di nobiltà (1). Non si estinse però la corporazione civica municipale (*ordo*); una parte della quale formò un *consilium* di officiali amministrativi che esercitava ristretta giurisdizione civile sotto il prefetto della città. A Roma l'impero esercitò energica azione accanto e sopra il papa.

Questi funzionarii militari non tardarono a trasformarsi in una aristocrazia di grandi proprietari e tralasciarono di occuparsi dell'amministrazione, mentre nelle città accanto alle milizie imperiali sorgevano milizie cittadine, che poi dalle città si estesero ai villaggi, creazione delle *scholae* o corporazioni municipali di arti e mestieri, milizie che avevano cariche, statuti insegne, e mantennero nel loro interno la fiamma della civiltà romana attraverso il medio evo. Questi due fatti, assieme all'influenza crescente della chiesa, alle rivolte dei governatori, alle insurrezioni locali, ai

---

(1) Sul Senato rom. v. Curtius, 1769; Vendettini, 1782; Vitali, Gregorovius, Reumont, Hegel (questi tre ultimi ne negano l'esistenza, mentre i tre primi, Troya, *Cod. dipl.*, I, n. 131; Savigny, Papencordt e Bethmann-Hollweg, l'ammettono); Pompili-Oliveri, *Il sen. rom. da Romolo fino a noi*, 3 vol., 1886.

conflitti fra chiesa e stato, all'alleanza dei Franchi col papa, portarono la caduta della signoria bizantina in Italia.

Essa scomparve prima nell'Esarcato, Pentapoli e ducato di Roma. Le restarono le provincie meridionali e le isole che nella divisione amministrativa del 911 formarono due temi (Sicilia e Longobardia, ossia il territorio confinante coi Longobardi di Benevento) ognuno governato da un duca o stratego (patrizio). Ma presto perdettero tutto, parte per opera di conquistatori (Saraceni, Normanni), parte per opera di popolo (Venezia, Napoli) che però non si staccò dalle forme politiche bizantine. Nel 1071 il governo bizantino in Italia era completamente scomparso. Dal *tema* di Sicilia dipendeva la penisola dell'odierna Calabria; e quando l'isola fu del tutto sommessa agli Arabi, il Tema siculo-calabro si disse Tema di Calabria e fu retto da uno stratego. L'altro Tema di Longobardia (detto anche d'Italia o di Apulia) comprendeva tutti gli sparsi possedimenti grecanici, all'infuori di Calabria; comprendeva Otranto e Napoli e parte di Basilicata; e lo governava un patrizio, chiamato anche con altri nomi che, più che titolo dell'ufficio, erano denominazioni personali. Dopo il IX sec. e nel corso del X, per rendere più energica la loro azione nella Bassa Italia, i Greci concentrarono gli alti poteri in un nuovo e supremo magistrato civile e militare con attributi quasi sovrani, che dissero Catapano. Ogni Tema divisero in turmachie e topoterisie o ducati e consilierati. Nell'interno delle città l'antico ordinamento romano di curie abolirono nell'886-93, con danno del potere e anche della libertà popolare. Delle istituzioni municipali il *defensor civ.* era poi ovunque scomparso da tempo; all'VIII secolo non esisteva più menzione di lui nè dei *gesta* o registri municipali (Diehl, Raynouard, Chênon).

CAPO IV.

ISTITUZIONI POLITICHE DEI LONGOBARDI (*).

107. Le prime notizie mostrano i Longobardi ordinati militarmente sotto duchi; ma ben presto si costituì presso essi la monarchia, creazione spontanea degli uomini liberi, come quella che meglio giovava alla loro esistenza come popolo e assicurava l'unità e l'individualità politica della nazione. La loro monarchia quindi nulla ebbe di teocratico, sebbene considerassero il re quale

(*) **Bibliografia.** — *Paulus Diaconus*, *Historia*, ed. *Mon. Germ. hist.* Schupfer, p. 203 segg.; Hegel, 297-315; Baudi di Vesme e Fossati (cit. § 109), 126-178; Flegler, *Das Koenigsreich d. Lang. in Italien*, 1851; Tamassia, *Storia del regno dei Goti e Long. in Italia*, 1826; Bianchi-Giovini, *Stor. de' Long.*, 1846; Zanetti, *Del regno dei Long. in Italia*, 1753; Pabst, *Gesch. d. Lang. Herzogth. Forsch. z. d. G.*, II, 405-518; Weise, *Italien u. die Langobardenherrscher*, 1887; Pflugk-Harttung, *Thronfolge im Langob. Z.f. R.G.*, XXI, 1887, p. 66 segg.; Fumagalli, *Antich. longob. milan.*, I, diss. 1*; Pertile, I; Ciccaglione, I; Salvioli, *Dir. monet. it.*, 19-24.

mediatore tra il popolo e la divinità; e fu ereditaria, senza restrinzioni, finchè abitarono o le sponde dell'Elba o quelle del basso Danubio e l'Ungheria. Venuti in Italia mantennero l'antica costituzione militare, e l'indivisa unità degli ordini civili e militari si manifesta in tutto; ma invece alterarono la base della monarchia, perchè causa il rafforzarsi del potere dei duchi, quale aristocrazia politica, questi modificarono il principio ereditario, contrabilanciandolo in quello della elezione popolare, la quale, come negli antichi tempi, era sempre limitata ai membri di una sola famiglia; dimodochè l'elezione non faceva che sancire un diritto oggettivo, avente suo fondamento nella nobiltà dei natali e nello splendore delle guerresche imprese. Col tempo sempre più debole si fece questo diritto del popolo all'elezione; e se lo ridussero nelle mani pochi maggiorenti, al popolo lasciando soltanto il diritto di adesione. Le donne non erano escluse dal trono e le madri esercitavano la tutela dei re fanciulli. I re assunsero con Autari il pronome di Flavio per indicare che erano entrati nei diritti dello impero bizantino, di cui non riconoscevano alcuna sovranità sopra essi e nel patronato della soggetta popolazione romana.

I poteri del re longobardo non erano diversi da quelli che avevano i re delle altre popolazioni germaniche (§ 104). A lui spettava la suprema potestà civile e militare e il banno giudiziario; però non poteva dichiarar guerra se prima non era stata deliberata dai grandi nelle assemblee popolari, e nel giudicare doveva osservare il diritto popolare e pronunziare la sentenza, nella guisa di ogni altro giudice del popolo, unitamente a giudici assessori. Egli era il tutore della pace; e perciò i Longobardi chiamavano *scutum potestatis*, *mundium regis* i poteri regi, parole che ben traducono il concetto dello stato germanico di consorzio di pace sotto la protezione o scudo del re (Schupfer). Questa protezione o mundio era generale ed abbracciava tutti i cittadini; ma ve ne era anche una speciale che il re accordava alle vedove, ai pupilli, ai poveri, ai forestieri, a luoghi pii e a quelli che l'invocavano o si accomendavano a lui; e sotto essa risolvevasi l'antagonismo degli interessi divergenti. I poteri del re erano interamente personali ed assorbivano i concetti di cosa pubblica e di pubblico bene; quindi tutto era il re, e tutto si risolveva in lui; non interessi di Stato distinti da quelli del re; le finanze pubbliche e quelle del re erano tutt'uno e il governo centrale andava confuso colla corte composta dei *gasindi* o persone che coprivano cariche di corte e prestavano al re speciale ed assoluta fedeltà.

La conquista dell'Italia creò presso i Longobardi una nuova aristocrazia, quella dei duchi, ossia di quei grandi ufficiali a cui fu affidata l'amministrazione delle divisioni territoriali in cui era

stata ripartita l'Italia. La loro nomina doveva essere prerogativa dal re, ma col tempo nei maggiori ducati (Benevento, Spoleto, Friuli) l'ufficio divenne ereditario ma contemperato dall'elezione popolare, come avveniva per la nomina del re; e d'allora questa aristocrazia si atteggiò a rivale della potestà regia, e fece sentire ancora una volta le forze centrifuge e disaggregatrici che dominavano nel mondo germanico nemico delle unità politiche. I duchi al paro dei re esercitavano nel loro ducato, detto *judiciaria*, poteri militari, civili e giudiziarii, erano *duces* e *iudices* (nome quest'ultimo comune a tutti i pubblici funzionarii). Ma questi loro poteri non erano fissi e ben definiti, ma restringevansi e allargavansi secondo le vicende della potestà regia. I re li volevano considerare come funzionarii regii, o gasindi della corona, mentre essi pretendevano essere principi del popolo, autonomi dal re; e riuscirono in questa politica fino al regno di Liutprando, il quale come volle ordinare lo Stato al disopra delle forze individuali e sollevarlo al rango di potestà sociale, cominciò coll' abbattere la potenza dei duchi e sopprimere queste grandi ineguaglianze che rendevano impossibile l' unità dello Stato. A mantenere la quale, come a frenare le usurpazioni dei duchi a danno del re e a rendere viva l' autorità di questo vi erano i gastaldi, gli sculdasci, i decani e gli attori, ufficiali tutti dipendenti dal re, non subordinati ai duchi. I gastaldi sono i primi di questa gerarchia; avevano funzioni civili, militari e giudiziarie, erano giudici municipali, cioè nelle città e territori a cui erano proposti, amministravano i beni della corona e quelli delle città e tutto quanto spettava alla Camera regia, come riscuotere multe, rivendicare persone che per qualche colpa fossero incorse nella servitù pubblica, trattavano le cause dei residenti nelle corti o terre regie e delle cose spettanti al re. Sotto essi stavano dei coadiutori come gli *sculdasci* o centenarii, autorità locali, esattori dei tributi e delle prestazioni dei boschi; gli scarioni o esecutori, e i messi regii, gli attori o agenti del fisco, ecc.; ufficiali tutti civili in tempo di pace, militari in tempo di guerra, con attribuzioni giudiziarie nelle cause minori e nelle esecutive.

Duchi e gastaldi erano gli amministratori delle città le quali erano rimaste come nell'epoca romana centro della vita politica e avevano mantenuti gli antichi limiti territoriali, corrispondenti alle circoscrizioni diocesane. Il regno era diviso in comitati o gastaldati e non in provincie: i comitati non erano formati secondo le politiche divisioni romane delle provincie, nè avevano la comprensione delle antiche regioni di Diocleziano. Città e campagna formavano un tutto senza distinzione di popolazione. Entro la città si era organizzato un comune, sopra le rovine delle antiche

istituzioni municipali che però non scomparvero interamente, e lasciarono anzi qualche traccia di sè nelle corporazioni industriali e di arti e mestieri (Hegel).

108. In tale ordinamento a base monarchica, i diritti del popolo erano stati d'assai ridotti, e l'affermarsi del potere regio o del rivale dei duchi avveniva sempre a scapito della posizione politica che era dovuta al popolo. Difatti le assemblee popolari (*concilia, conventa, thinx, gairethinx*) (1) che grande importanza avevano in principio, decaddero, furono ridotte all'impotenza e infine distrutte, o per dir meglio trasformate in riunioni di pochi ottimati con cui il re deliberava. Ai tempi antichi e anche sotto Rotari l'assemblea del popolo era tutto; prendeva parte attiva alla redazione delle leggi, eleggeva il re, decideva della guerra. Il popolo o l'esercito, due nomi che comprendevano tutta la gente longobarda che godeva di libertà e aveva possesso fondiario, partecipava effettivamente a tutte le pubbliche bisogna. Ma in seguito i nobili o fedeli, cioè i duchi, i gastaldi, i grandi beneficiarii, i gasindi vennero in maggior conto e furono i soli che partecipavano agli affari pubblici. D'allora il consorzio degli uomini liberi non ebbe più parte attiva alle cose dello Stato, nè molta influenza in quest'assemblea aristocratica; assisteva per forma. Le leggi non più deliberate in comune, ma coi fedeli consigliate, gli erano presentate perchè ne prendesse atto; il re esercitava la prerogativa legislativa. Se così colpita era stata l'assemblea nazionale, le stesse cause non uccisero però le assemblee dei ducati, possibili ancora per l'autonomia propria di questi (Schupfer), nè quelle delle centene o riunioni di vicini, davanti alle quali facevansi i testamenti, le manumissioni, le donazioni, le alienazioni e forse trattavansi cause (2).

109 (Condizione dei Romani vinti) (*). È antico, oscuro e

(*) **Bibliografia.** — Troya, *Della condiz. dei Rom. vinti dai Long.*, 1844; Manzoni, *Discorsi sopra alcuni punti di storia long.*, 1822; Capponi, Tommaseo, Capei, nell'*Arch. stor. ital.*, s. I, app. VII, XII, XXIV; Schupfer, *Istit. pol. long.*, e *Aldi, liti e romani* nell'*Enciclop. giurid. ital.*, v. *Aldi;* Baudi di Vesme e Fossati, *Vicende della propr. in Italia*, 1836, 329 segg.; Balbo, *Della condizione dei Rom. vinti*, 1869; *Storia d'Italia sotto i barbari*, 1832; *Appunti per la storia delle città ital. fino ai comuni*, 1838; Caumo, *Condiz. dei Rom. vinti*, 1870; *Condiz. del clero presso i Long.*, 1871;

(1) Gairethinx da *gaira-hasta*, secondo Zoepfl, Schupfer, Pertile, Schroeder. Nelle leggi nordiche l'assemblea popolare dicevasi l'assemblea degli armati. L'asta era simbolo di potere ed insegna della convocazione del popolo. Miller, *Z. f. R. G.*, VIII, 91; Pappenheim (cit. a § 156), pag. 28.

(2) Bethmann-Hollweg, I, 299, nega l'esistenza di assemblee di *civitates* e di *vici*. L'ammettono Savigny, Troya, Hegel, Schupfer, Ficker.

disputato problema quello che riguarda la condizione dei Romani vinti dai Longobardi, problema importante perchè riguarda la natura delle origini della moderna civiltà e vita politica italiana, cioè se essa è tutta di origine germanica o anche romana.

I Germani tennero sistemi diversi riguardo la libertà personale e politica e la proprietà dei vinti. Gli uni applicarono tutti i diritti della conquista, come i Vandali in Africa che si impadronirono di tutte le terre, spogliarono e fecero schiavi i possessori e quelli che risparmiarono gravarono di imposte sovverchianti i redditi. Altri, quelli cioè che entrarono nell'impero come *foederati*, e i cui re dicevansi vicarii dell'imperatore, lasciarono ai Romani la libertà personale e il loro diritto civile come giure nazionale, li ammisero alle cariche, nello stesso tempo che mantennero tutte le istituzioni romane, municipali e provinciali (Ostrogoti, Visigoti, Borgognoni). In quanto però alle terre tanto questi federati, come quelli che vennero da conquistatori, non consumarono la completa espropriazione dei vinti, ma attuarono un sistema analogo a quello del diritto romano sulla proprietà provinciale, attribuendosi il diritto eminente sul paese; e quali, come i Franchi, occuparono solo i latifondi del fisco imperiale, o quali si presero una parte delle terre e abitazioni dei privati, 2|3 come i Borgognoni e i Visigoti, 1|3 come gli Eruli e gli Ostrogoti. In questo caso l'uno era l'ospite dell'altro e *hospitalitas* dicevasi il rapporto originante da tal divisione, sistema e nomi tolti all'organizzazione militare romana del basso impero, quando i *foederati* accantonati presso le popolazioni ricevevano da esse, per tutto il tempo dell'accantonamento, alloggio e vitto. Ogni proprietario dovè cedere una parte della sua casa e terra all'*hospes* germanico; si sorteggiavano le quote da occuparsi, onde il nome di *sortes* alle terre così ottenute. Qualche volta nuovi immigranti vennero a raggiungere l'avanguardia della loro tribù e reclamare la loro parte; e allora i Romani erano esposti a una nuova spogliazione.

È ancora oggetto di controversia il trattamento che ai Romani fecero i Longobardi che discesero in Italia non da *foederati*, ma da conquistatori e che erano riputati « gens etiam germana feritate ferocior » (Velleio Patercolo).

Sui terziatori, 1872; Nani, *Studi di dir. long.*, I, 1877; Morè, *La condiz. giurid. degli Ital. durante il dominio dei Long.*, 1885; Sclopis, *I Longob. in Italia*, 1827; Pagnoncelli, *Origine dei municipii ital.*, 2 vol., 1823; Havet, *Partage des terres entre Rom. et barbares. Revue histor.*, VI; Gaupp, *German. Ansiedlung u. Landtheilungen in den provinzen d. röm. Westreiches*, 1844; Hegel, p. 316 segg.; Bethmann-Hollweg, I, § 34 e 59; Pertile, § 5. — Su Paolo Diacono v. Del Giudice, *Studi di storia e dir.*, 1889, 1-43.

Al momento della conquista distrussero città, ne uccisero o vendettero gli abitanti e commisero ogni sorta di orrori. E poi che ne venne del resto della popolazione? Conservarono i vinti la libertà personale? (opinione di Pagnoncelli, Savigny, Sclopis, Vesme, Fossati, Capei, Balbo, Schupfer, Bethmann-Hollweg) o la perdettero e furon ridotti in servitù (opin. di Maffei), oppure in uno stato intermedio tra la schiavitù e la libertà? (opin. di Lupi, Sismondi, Manzoni, Leo, Capponi, Troya, Hegel, Pertile). E se conservarono la libertà serbarono con essa il proprio diritto e la cittadinanza? E il municipio romano durò o sparve? e se durò fu conservato nella sua interezza sia per la giurisdizione dei magistrati sia per l'amministrazione delle cose comuni, ovvero per una sola di codeste parti? Da alcuni (Savigny, Capei, Cibrario) si volle che i Romani serbassero libertà, proprietà, diritto, ordinamento giudiziario e municipale; da altri (Bethmann-Hollweg, Flegler) la sola libertà dava leggi e tribunali proprii; e chi (Sclopis, Balbo, Vesme, Fossati, Capei, Ricotti, Schupfer) vi aggiunse il diritto e i tribunali negando però il municipio; chi (Capponi e Capei) affermò avere le consorterie degli artefici serbata viva l'idea del municipio; chi essersi fatti schiavi gli abitanti delle città, non quelli delle campagne; infine chi (Machiavelli, Muratori, Giannone, Pagnoncelli, Giulini) sostenne la perfetta fusione dei vinti coi vincitori.

I documenti del tempo ben pochi lumi dànno. Paolo Diacono, il solo che parla di questi fatti, dopo d'aver narrato le crudeltà dei Clefi, narra che nell'interregno « multi nobilium romanorum ob cupiditatem interfecti sunt; reliqui vero per hospites (in altri codici hostes) divisi ut tertiam partem suarum frugum langobardis persolverent, tributarii efficiantur ». In seguito restaurato il regno, i duchi cessero al re metà di loro sostanze per suo uso, e allora « populi tamen aggravati per Langobardos hospites (al. hospicia) partiuntur (al. patiuntur) ». Dal che risulta che dapprincipio i possessori furono assoggettati al tributo del terzo de'loro prodotti e che poi fu fatta una nuova partizione. Ma di che cosa? Le difficoltà si fanno insolubili colla lezione *hospites* colla quale la frase diviene un solecismo se si traduce *partiuntur* passivamente e un non senso se la si traduce attivamente. Nè sono risolte col vedere nella parola *populi* i piccoli possessori e i plebei (Schupfer) che sarebbero stati allora per la prima volta sottoposti al tributo del terzo, perchè non si vede di che fossero *aggravati* dal momento che questi possessori non sarebbero stati molestati nella prima divisione. La soluzione è più agevole se si accetta la lezione *hospicia*, ossia se si interpreta il passo così: I Romani divisero i loro *hospicia*, cioè uscirono da quella consorteria di frutti (*hospitalitas*) abbandonando una parte delle loro proprietà, invece del tributo in frutto che loro imponeva la prima divisione (Vesme, Fossati, Capei, Balbo). Ciò si era fatto già dai Borgognoni e la soppressione della *tertia frugum* sotto il regno di Autari spiega il silenzio dell'Editto di

Rotari intorno a questo soggetto. Come questo non avrebbe parlato di cosa sì importante e che durava? Questa spartizione spiega l'origine del possesso fondiario presso i Longobardi, e rende ragione dei titoli di *consortes* dato ai proprietarii Romani e Longobardi (1), di *tertiatores* dato ai Romani, di *sortes* attribuito alle terre occupate dai nuovi venuti.

Paolo Diacono non afferma dunque che i Romani perdettero tutta la proprietà, fatto che del resto è confermato dai documenti che ci mostrano Romani, nobili e plebei, possessori di terre sotto i Longobardi. E se possedettero terre dovettero parimenti conservarsi liberi. I conquistatori erano 20 mila armati; e come avrebbero potuto ridurre in servitù una popolazione di 4 milioni? Lo avere i vinti imposto ai vincitori la religione e la lingua, l'aver mantenuto la coltura letteraria, l'avere costituito in gran parte il clero e il notariato, sono prove indiscutibili che i Romani non caddero in schiavitù nè in uno stato inferiore alla libertà (aldionato, aldi), ma restarono proprietarii e liberi.

Si oppone a quest'opinione che le leggi tacciono sul guidrigildo dei Romani, ossia non esprimono il valore di essi in faccia alla legge o alla società, il qual silenzio importar deve che fossero servi od aldi (così Pertile). Le leggi non determinano il guidrigildo di alcun uomo libero nè longobardo nè romano, e lo lasciano fissare di volta in volta, perchè il proposito del legislatore non fu di tassare il guidrigildo con regole generali e in modo assoluto ma stabilirne la base, lasciando ai magistrati (*censorum opinio*) valutarlo nei singoli casi. Anche i Romani avevano il loro guidrigildo (*secundum qualitatem personae, secundum nationem suam*, Rot. 377 espressione che non si sarebbe potuta adoperare se nel regno non fossero esistiti altri liberi oltre i Longobardi) ma inferiore a quello del popolo dominante.

Però se i vinti non furono ridotti alla condizione di servi o di aldi (§ 158), la libertà loro lasciata fu sempre per dignità inferiore a quella de'Longobardi; fu libertà di sudditi o provinciali non già di concittadini al popolo vincitore (che chiamava l'Italia « provincia Italiae Longobardorum »), libertà civile e non politica. I Romani non formavano coi Longobardi un solo popolo; la nazione de' Longobardi non comprendeva certo la popolazione romana d'Italia, non vi era fra i due popoli eguaglianza e nemmeno fusione. Rimasero distinti, ma con una certa e visibile inferiorità dei Ro-

---

(1) Salvioli, *Consortes e Colliberti secondo il diritto longobardo-franco. Contribuzione alla storia del diritto di proprietà in Italia;* negli *Atti e memorie delle deput. di storia patria delle prov. mod. e parmensi*, serie III, vol. II, p. I, 1883.

mani, che non costituirono una società politica a sè indipendente, non conservarono l'antica cittadinanza, non ebbero le antiche municipali istituzioni, già affievolite del resto pria della venuta de' Longobardi; ma furono soggetti ai vincitori e dipendenti da essi in tutto ciò che riguardava il diritto pubblico. La violenza dell'invasione distrusse le curie, soppresse le magistrature romane, divenute odiose agli stessi vinti, e lo stabilimento che vi tenne dietro, ordinando le città in sedi di ducati o in corti regie, tolse ai Romani il diritto di nominarsi magistrati essendo l'amministrazione della giustizia divenuta emanazione del potere regio, scancellò ogni resto di autonomia locale e trasformò i comuni liberi cittadini in comuni dipendenti. I Romani quindi non parteciparono ad alcun atto politico, non eran parte dell'esercito e quindi del popolo, non concorrevano alla nomina del re. Solo tardi fu loro concesso il diritto delle armi. Ma, nello stesso tempo, delle antiche istituzioni lasciarono i Longobardi vivere quelle che non urtavano i loro ordini politici e amministrativi e anzi erano in armonia colle loro consuetudini, come le consorterie degli artefici, le corporazioni dei monetieri e i notai, le proprietà comunali, le partecipanze di origine bizantina (§ 203) (*silvae comunes*, *comunalia*, *fiwadia*). Sebbene possa dirsi che questi resti salvarono l'idea di un comune almeno nei suoi rapporti materiali, tuttavia sifatti sparuti e informi avanzi dei municipii romani non possono mai riguardarsi come modelli dei comuni medievali. Fu anche lasciata ai Romani la libertà nei rapporti privati, cioè vendere, disporre le terre, diritto di connubio coi Longobardi, diritto di locomozione. Verso il re poi stavano in un rapporto di protezione speciale che egli esercitava per mezzo dei duchi e dei gastaldi.

In quanto al diritto, tutto induce a credere che gli Editti longobardici avessero valore territoriale (1), ma in un certo senso e con date restrinzioni, in quanto che ad essi dovessero sottostare i Romani, sempre in materia di diritto pubblico, criminale e processuale, e ovunque vi fosse un interesse pubblico da conservare, e anche per le materie civili quando le cose si passassero tra Romano e vincitore. Gli Editti erano obbligatorii per tutti, ma ciò non vuol dire che tutte le disposizioni fossero applicabili a tutti sì Longobardi che Romani e neppure che quelle che lo erano, lo fossero in tutti i rapporti (Schupfer). Dove non erano applicabili ai Romani, come in quei casi in cui il legislatore rivolge-

(1) Questa è l'opinione di Troya, Hegel, Schupfer, Ficker, Bethmann-Hollweg, Brunner. Questi quattro ultimi ammettono come noi che gli Editti fossero obbligatori pei Romani solo per quanto riguardava il diritto pubblico e nei loro rapporti coi Longobardi. Vogliono invece che fossero personali Savigny, Turk, Stobbe, Walter.

vasi soltanto ai Longobardi, mentre in altri dirigevasi a tutti i liberi (in opposizione agli *exercitales* che sono soltanto i Longobardi), allora o pel silenzio della legge o per l'eccezione espressa, i Romani potevansi governare col loro diritto nazionale (1).

Secondo noi, e l' opinione ora prevalente, la condizione dei Romani non sarebbe stata tanto triste. Si avrebbe avuta oppressione ma non servitù, sudditanza ai vincitori che soli erano i cittadini, ma non annullamento. E in tale condizione pur inferiore ai Romani fu lasciato il modo di esercitare colla forza delle tradizioni e della civiltà di cui erano depositarii, tale azione sui vincitori da assorbirli e assimilarseli. L'elemento romano superiore per il suo passato, attaccato alle sue tradizioni, aiutato dalla chiesa per mantenerle pure, conquistò il germanico, da esso trasse nuovi principii vitali, ma con esso nè si compenetrò nè si confuse, se non in epoca più tarda. Anche i Franchi che vollero fondere i due popoli, dicendosi re d'Italia, riconobbero la preponderanza dell'elemento italico e i documenti del x secolo che chiamano la nuova popolazione « italica o italiense », provano che la civiltà e tutto il resto non avevano perduto in Italia, malgrado tanti dolorosi avvenimenti, il carattere nazionale, eminentemente italiano.

CAPO V.

ISTITUZIONI POLITICHE DEI FRANCHI (*).

110. La monarchia franca, che Carlo Magno innestò sulla costituzione politica longobarda, facendo a questa subire sostanziali modificazioni, ordinata nelle sue grandi linee come gli altri Stati germanici, porta però con sè caratteri specifici, ed ha nella for-

(*) **Bibliografia.** — Arnold, Dahn, Kaufmann, Sohm, Sybel, Waitz, Bethmann-Hollweg, citati ai §§ 4, 9; Schroeder, *Die Franken u. ihre Recht. Z. f. R. G.*, XV; *Rechtsgesch.*, § 17-22; Fahlbeck, *La royauté et le droit royal francs*, 1883; Sickel, *Meroving. Wolksversammlung. Mittheil. d. Inst. f. oesterr. G. Ergänzungsbd.*, II; Fustel de Coulanges, *Hist. des instit. pol. et administr. de la France*, 2 vol., 1881-88; *Les instit. pol. au temps de C. M. Séances et travaux Acad. d. scienc. mor.*, CV, CVI; Tardif, *Études sur les instit. pol. et administr. de la France*, I, 1881; Viollet, *Hist. des instit.* ecc., I, 1889; Thonissen, Pardessus, cit. al § 35, I; Glasson, *Hist. du dr. franc.*, II, 1888; Rolando, *Dignità imp. di Carlo M.*, 1873.

(1) Liut., p. 91, autorizza i notai a redigere le carte secondo il diritto romano, eccetto in materia di eredità, avendo le vicende dei patrimoni una connessione col diritto pubblico il quale era eminentemente territoriale. Il sistema qui riferito è quello tracciato dal Capei, poi largamente sviluppato dallo Schupfer, alle cui osservazioni aderiamo, salvo per quanto riguarda l'interpretazione del secondo passo di Paolo Diacono.

mazione del diritto pubblico medioevale e moderno un'importanza speciale perchè essa è la base dell' impero romano-germanico, il fondamento delle vicende politiche di Francia e Germania, il punto di partenza di tutti i grandi avvenimenti della storia europea. Ciò rende ragione dei molti studi fatti su di essa.

Il diritto pubblico franco non è opera dei Carolingi, ma è il prodotto della conquista della Gallia fatta da Clodoveo (486) e dei modi di governo seguiti dai suoi successori, i quali non sovrapposero puramente e semplicemente le popolazioni Franche ai Gallo-Romani, ma crearono una nuova società composta di elementi romani e germanici, basata sopra istituzioni nuove e nuovi ordinamenti pubblici che comprendevano tutte le nazionalità; poiche la legge fondamentale, lo statuto del regno franco fu l'eguaglianza politica di tutti i popoli (1), la sottomissione completa di tutti, senza distinzione di origine, al re e infine l' assenza di una vita politica per ogni popolo o di un interesse politico comune a tutti e distinto da quello del re.

Le istituzioni politiche franche non sono di origine romana (sistema di Dubois, Fustel De Coulanges) nè interamente originano dalle germaniche (Waitz, Sohm); esse sono il risultato di contingenze nuove, di una conquista violenta, per la quale tutto è stato scosso, la posizione politica dei vinti e anche quella dei vincitori che hanno perduto i loro diritti come popolo, perchè il nuovo Stato che è venuto fuori, abbisogna di unità e di centralizzazione (Fahlbeck). Essendo questo Stato formato di un' agglomerazione di popoli, non essendo tenuto unito dalla forza conservatrice di un popolo, nè dal concorso alla vita politica di tutti gli abitanti, e nemmeno essendo uno Stato federativo, l' unico principio vivificatore e di unione che esso possiede, è il re, la forza esterna del governo e dell'amministrazione politica. Il re sta, nello Stato franco, sopra tutto e tutti, quale forza unificatrice, quale perno di tutte le istituzioni politiche. Egli è il vincolo che unisce le nazionalità diverse, il potere che lega gli individui e crea un tutto politico, un regno; e la società politica non riposa che sopra la sua persona; egli è superiore al popolo, e tiene lo scettro per diritto personale; regna in proprio nome e non in nome di questo o quel popolo. La sua dignità gli appartiene a titolo di proprietà privata. L' amministrazione non è che un mezzo a suo servizio, e non per gli interessi generali dello Stato; è strumento della sua

(1) Questo fu provato da Waitz e Roth contro l'antica dottrina di Mably, Pardessus, Martin, Warnkoenig e Gérard, *Hist. des Carol.*, I, 1862, p. 72. Roth ha provato che base della società franca era la soggezione immediata ed uguale di tutti al re; ma egli condiziona questa soggezione al libero rapporto di fedeltà giurata.

volontà. Il diritto regio è, in una parola, la base costituzionale del regno, il principio che determina tutti i rapporti politici; la società è tutta nel re e pel re: Stato, regno, popolo non sono che dominii personali esistenti soltanto per la persona del re. Conseguenza di quest'assolutismo è che il re possiede i diritti pubblici di sovranità sotto forma di diritti privati. La sovranità pubblica è proprietà personale del sovrano; e tale è il diritto a regnare che egli lo trasmette a suoi successori come qualsiasi altra proprietà, poichè la creazione del regno ha assicurato al creatore un diritto personale e privato alla sua opera. Qui nessuna traccia di elezione, ma la vera e illimitata ereditarietà che si attua solo per linea maschile, come avviene nella successione privata, riguardandosi la corona come un bene privato. Il re quale padrone del territorio, ne dispone come delle terre della corona che sono sua proprietà personale, dota le regine con città, cede a terzi diritti sovrani su distretti, divide il regno ai figli legittimi e illegittimi, e in mancanza di figli ai parenti, sempre secondo la legge privata. E mentre presso gli altri popoli è la dignità che si eredita, presso i Franchi sono dignità e regno che si ereditano come beni patrimoniali. Questi principii, che furono ignoti all'antichità ed erano la forza vitale della monarchia franca, contribuirono a sviluppare il feudalismo, miscela di diritto pubblico e privato, ressero per secoli la società europea, furono il fondamento delle monarchie moderne fino alla rivoluzione francese (*L'état c'est moi*); e le idee di legittimità personale che portano le nostre monarchie sono residui di connessione storica con questi principii (§§ 127, 128).

Gli effetti del diritto personale franco si riflettevano in tutta l'amministrazione. Sebbene questa presenti resti di istituzioni romane e germaniche, tuttavia anche essa è nuova. Difatti la giustizia non è funzione popolare, ma attribuzione regia; il popolo non è tenuto assistere ai tribunali (malli), nè come *exercitus* o nazione armata partecipa alla cosa pubblica. Tutta l'amministrazione si riassume nel re, che fa tutto, e agisce per mezzo di molti funzionarii, *agentes, actores, comites, duces, centenarii, tungini* nelle diverse circonscrizioni amministrative. Attorno a lui stanno il *major domus*, i *domestici*, il *comes palatii* che presiede il tribunale regio, i *referendarii* di origine bizantina, ecc. Tutti questi funzionarii non sono personaggi politici, ma servitori del re a titolo privato, da lui dipendenti; egli li nomina e li destituisce. Tutta l'amministrazione non ha per scopo che l'utilità personale del re. Giustizia, esercito, finanza esistono soltanto *in utilitatem regis;* la pace pubblica è pace regia, la legge criminale *lex dominica;* il tesoro pubblico infine si confonde colla cassetta privata del re.

In questo Stato non vi sono che sudditi e un padrone assoluto

che può far leggi, le quali se non giuridicamente certo praticamente modificano il diritto nazionale (Sohm), leggi emanate *pro suis utilitatibus*, cioè per regolare i rapporti fra esso e i sudditi (§ 36) — che può imporli e chiamarli alle armi quando vuole. Contro lui i sudditi non hanno protezione, perchè il tribunale non è indipendente ma emanazione del re stesso. Beni, libertà, vita sono alla mercè di lui. A lui i sudditi giurano fedeltà, ma questo giuramento non è la base di loro soggezione (come vuole Roth).

111 (*). Su questi principii si ordinarono le istituzioni politiche dei Carolingi che raccolsero l'eredità dei Merovingi, e ricondussero l'amministrazione del vasto impero alle sue origini, riconfermando il carattere del diritto personale ereditario. Per opera di Carlo M. che unificò le istituzioni politiche dei molti popoli a cui impose il suo dominio, il diritto pubblico franco divenne nel corso dei secoli VIII e IX il diritto dell'Europa centrale.

Sotto i Carolingi il diritto alla corona è riguardato diritto personale assoluto. Ereditavano il regno prima i figli, poi i fratelli e i nipoti: se vi erano più figli, il re vivo divideva l'impero o confidava a un figlio la sovranità di un paese. L'eredità avveniva per la sola forza del diritto di famiglia. Carlo M. per rendere questo concetto indistruttibile lo fece consacrare dalla Chiesa e fu il primo che si fece chiamare *Rex Dei gratia*, mentre prima si chiamava semplicemente *Rex Franc. et Langobardorum*. Così fece considerare il suo potere come venuto da Dio, il re investito di diritto proprio e per grazia di Dio; e in virtù di ciò egli si attribuì anche un'autorità sulla Chiesa, facendosene protettore, esercitando diritti e doveri. Il fatto che la Chiesa entrava nella costituzione dello Stato e l'idea che il potere regio venissero da Dio, che la monarchia fosse di diritto divino ebbero per conseguenza di far predominare l'elemento morale e di dare alla monarchia un carattere etico che soverchiava il privato e il patrimoniale: ma fino a un certo punto, perchè i rapporti personali che erano a base della monarchia franca non furono assorbiti nei concetti che informavano la dignità imperiale e la solennità della consecrazione. Difatti l'imperatore non cessava di essere re dei Franchi e di portarne il titolo; e la consecrazione non faceva che ratificare il diritto di lui anteriore, quello cioè di essere re. Quindi la persistenza di questi elementi privati e l'incertezza dei fini sociali e dell'interesse pubblico mantennero nella monarchia

---

(*) **Bibliografia.** — Lehuerou, *Hist. des instit. caroling.*, 1843; Hauréau, *Charlem. et sa court*, 1867; Glasson, *Hist. du droit de la France*, II, 397-499; Waitz, II, III e IV; Bethmann-Hollweg, §§ 37, 43-52, 65; Pflugg-Harttung, cit., § 104; Schroeder, §§ 17-23.

franca quei germi che dovevano portare la sua dissoluzione e il feudalismo.

112 (*). L'amministrazione dei Carolingi ispirossi a quest'assolutismo: fu personale come quella dei Merovingi ed eminentemente centralizzatrice. La vita dell'impero franco risiedeva nell'imperatore e nella sua Corte (*palatium*) composta dal conte palatino per gli affari temporali, civili, militari, finanziari, dall'apocrisario per gli affari ecclesiastici, rappresentante questo dell'elemento teocratico del governo, come il primo lo era dell' aristocratico. Dietro questi veniva una folla di altri funzionarii, il cancelliere, dei notai, dei *ministeriales* con funzioni spesso umili, ma determinate, ed altri ausiliarii agli offici più diversi. Tutti questi dignitari di corte e funzionari formavano il *palatium*, espressione che, come al tempo degli imperatori romani, indicava la residenza del Capo dello Stato e l' amministrazione centrale. Le parole *domus* e *comitatus* indicavano le persone che circondavano il re. Il *palatium* non aveva sede fissa e viaggiava da un' estremità dell'impero all' altra, perchè seguiva sempre la persona del re e perchè i suoi componenti formavano il consiglio ordinario e privato del re.

L'impero carolingio componevasi di paesi incorporati e governati da funzionarii dell'imperatore, di territorii retti con una certa autonomia da principi nazionali ed ereditarii ma tributarii e vassalli dell'imperatore (come Benevento e Spoleto in Italia), infine dagli Stati della Chiesa posti sotto il protettorato imperiale, le cui città di Roma e Ravenna erano comprese fra le metropoli dell'impero. Nei paesi incorporati all'impero l'amministrazione locale non fu sensibilmente mutata: l'impero fu diviso in contadi, e questi in centene: lungo le frontiere furono istituiti dei distretti militari detti marche (Friuli, Istria). In Italia, conservate le stesse circonscrizioni territoriali, nelle città subentrarono ai duchi i conti franchi, differenza di nome piucchè di sostanza per la natura dei poteri, ma non per la origine, giacchè il conte franco non era un principe del popolo come il duca longobardo, ma il rappresentante del re, da lui nominato e revocabile a volontà del re. Il conte era immediatamente preposto alla città e suo territorio, esercitava in nome del re i poteri fiscali, giudiziarii e militari, il mundio

(*) **Bibliografia.** — Muratori, diss. 4, 5, 8, 9; Schoene, *Amtsgewalt der majores domus*, 1856; Pertz, id., 1819; Zeumer, id., *Neues Arch.*, X; Hermann, *Hausmeieramt*, 1880; Pernice, *De comitibus palatii*, 1863; Barchewitz, *Das Koenigsgericht zur Zeit d. Merov. u. Karol.*, 1882; Fustel de Coulanges, *Academ. d. sciences morales, séances*, CVI, 696 seg.; Stenzel, *De marchionum origine*, 1824; Roye, *De missis domin.*, 1667; Burde, 1853; Dobbert, *Wesen u. Geschaftkreis d. missi*, 1861; Beauchet, *Hist. de l' organis. judiciaire en France*, 1886.

sulle vedove e gli orfani, proclamava il bando militare in tempo di guerra e portava al re gli armati della sua circonscrizione, presiedeva i tribunali, aveva esclusiva competenza nelle cause gravi, come in quelle di libertà, ordinava i lavori di strade, i ponti, le guardie, riscoteva i dazii, le dogane, amministrava i beni della corona. Sotto lui stavano altri funzionarii (*ministeriales*) chiamati in Italia indifferentemente con nomi franchi (*vicarii* e *centenarii*) o con longobardi (*gastaldi*, *schuldahis*) nominati dal conte col concorso del popolo e incaricati della polizia locale e della giurisdizione minore. Il conte non riceveva salario, ma riscoteva per sè una parte delle tasse giudiziarie ed esigeva dalle popolazioni prestazioni in natura; inoltre era spesso gratificato dal re di terre a titolo di benefizii.

Per sorvegliare l'amministrazione di tutto l'impero, per assicurarne l'unità, e per collegarne le parti al potere centrale mantenendo i funzionarii e le popolazioni in rapporti incessanti col principe, Carlo M. riordinò l'istituto dei *missi dominici* rendendo permanenti e normali le ispezioni che dovevano anche servire a tener in freno l'aristocrazia locale e l'ambizione dei grandi vassalli. Questi *missi* legavano direttamente tutti gli Stati alla persona dell'imperatore che essi rappresentavano ovunque. L'impero fu diviso in un certo numero di circonscrizioni (*missiatica*); e due *missi*, un laico e un ecclesiastico, percorrevano annualmente ognuna di esse, provvisti di speciali istruzioni, che l'imperatore loro dava in forma di *Capitula* (§ 36) che poi i *missi* pubblicavano nell'assemblea dei grandi, ampliandoli e sviluppandoli. Essi vegliavano alla retta interpretazione ed esecuzione dei Capitolari, ispezionavano gli agenti regii e li informavano delle accuse che contro essi movevansi, ricevevano il giuramento dei sudditi, verificavano l'amministrazione dei benefizii e del patrimonio del re e la regolare prestazione del servizio militare, perchè i *seniores* non dispensassero illegittimamente i vassalli di rendersi all' esercito, ecc. Viaggiavano e tenevano placiti o assemblee provinciali a cui intervenivano non gli abitanti ma i funzionarii e i principali vassalli: e in queste riunioni dovevano interrogare (*inquirere homines veraces*) sulle condizioni morali e sociali del luogo, sulla delinquenza, e giudicare certe cause in appello e far giustizia dei funzionarii prevaricatori (1). Un resoconto di lor missione dovevano inviare al palazzo. Da principio nominati ogni anno, in seguito lo furono a vita; e d'allora quest'istituzione decadde rapi-

(1) Cohn, *Iustizverweigerung im altdeut. R.*, 1876; Lehmann, *Rechtschutz gegenüber Eingriffen von Staatsbeamten nach altfrank. R.*, 1883; Brunner, *Inquisitionbeweis Wien. Akad.*, 1865; Beauchet, *o. c.*

damente: alla fine del sec. IX era morta, e con essa scomparve uno degli ostacoli alla formazione del feudalismo.

L'impero franco non offrì lo spettacolo delle antiche assemblee popolari; giacchè quelle che vi si tenevano, nulla avevano di comune colle riunioni di tutto il popolo sovrano del tempo di Tacito. Oltre le assemblee che si tenevano al palazzo, composte dai dignitari di corte e dai grandi funzionarii, vi erano le assemblee nazionali composte o dai soli grandi dell'impero o da tutti i liberi del luogo ove sedevano dette assemblee, i quali però non avevano voce nè potevano deliberare. I grandi, narra Hincmaro, si riunivano in disparte dalla moltitudine, e i laici quinci e i chierici quindi: tutti separatamente sedevano, e non si univano se non quando interveniva il re. E questo sembra l'esordio degli antichi parlamenti. L'assemblea dei grandi però era ormai la sola importante, quella che riuniva in sè le attribuzioni già possedute dal popolo. Il consenso di questo era solo richiesto quando trattavasi di modificare una legge nazionale; la sua partecipazione era sempre secondaria, mentre attiva era quella dei grandi i quali potevano anche sottomettere al sovrano dei progetti di leggi, che il re accoglieva senza rinunziare per questo al suo diritto di iniziativa (Boretius). Quando tutto era approvato dai grandi, se ne dava lettura al popolo che approvava per acclamazioni; ciò teneva anche luogo di pubblicazione per le leggi. Queste assemblee riunivansi a periodi regolari: in primavera (l'antico Campo di Marzo dei Franchi) e in autunno. La prima era una grande rivista militare (*placitum generale*) che tenevasi non in uno ma in più luoghi: in essa promulgavansi le leggi, radunavansi i doni, stabilivasi sull'esercito, decidevansi le cause importanti. In quella di autunno non sedevano che i grandi, i *seniores*. Era questa un vero Consiglio di Stato, vi si trattavano gli affari, si preparava ciò che alla moltitudine dei liberi dovevasi a maggio sottomettere per la approvazione. Solo il principe poteva convocare l'assemblea, egli avvertiva i grandi di intervenire o di portarvi i loro uomini armati e pronti a entrare in campagna. Sotto i Carolingi queste assemblee ebbero una parte importante all'amministrazione della giustizia e parteciparono anche alla confezione delle leggi (Guizot, Waitz, contro Fustel de Coulanges) (1). L'Italia ebbe la sua assemblea composta di conti e di altri grandi Longobardi e Franchi; il popolo non vi prendeva più alcuna parte.

(1) Così Fustel de Coulanges, *Revue hist.*, XXII, 1883, p. 256; Fahlbeck, 241 segg.; Loebell, *Gregor von Tours*, 1869, p. 168. Invece Sohn e Schroeder pensano che popolo e re formassero ancora una specie di diarchia e che la volontà di entrambi formasse il volere dello stato. L'opinione riferita nel testo è quella di Waitz, di Tardif e di Sickel.

CAPO VI.

ORDINAMENTI FINANZIARI E MILITARI.

113 (*). Gli ordinamenti finanziarii rispecchiano lo svolgimento della potestà pubblica perchè quanto meno questa è sviluppata, tanto più la contribuzione assume la forma di un atto individuale, di un servizio o di una prestazione in natura; e solo quando l'idea di stato si esplica, diventa determinato l'obbligo di pagare denaro (Schupfer). Questi principii riflettonsi nella storia dei Germani. Prima dell'invasione non conoscevano sistemi di imposte: ma in seguito come si complicarono i meccanismi politici, ne applicarono o come contributi individuali o come obblighi collettivi, secondo i concetti dominanti nello Stato o nel Governo. Odoacre e Teodorico non ebbero alcuna ragione di alterare il sistema tributario romano. Odoacre aggravò le imposte ma non ne mutò il carattere. Sotto i Goti le principali imposte dirette continuarono ad essere la prediale (detta dai tre termini in cui pagavasi *tertiarum*) e la personale (*bina et trina*). Le indirette erano l'*auraria* ossia l'antico *crisargiro* od oro lustrale che si esigeva secondo le disposizioni antiche. Gravosissime riescivano queste imposte e per la eccessiva fiscalità dei curiali e per la scarsezza di denaro, motivo per cui concedevasi qualche volta di pagarle in generi. Ad esse eran soggetti Goti e Romani e nemmeno erane immune il patrimonio regio che assieme ai proventi delle imposte, alle regalie di saline, cave di marmo, ecc., suppliva ai bisogni dello Stato, al mantenimento del re e della Corte.

Coll'invasione longobarda questi ordini finanziarii andarono distrutti e si ebbero soltanto imposte indirette e prestazioni in natura. Allora per la confusione, comune a tutti i popoli germanici, tra patrimonio privato del re e patrimonio dello Stato, ai bisogni pubblici e al mantenimento del re e della Corte fu prov-

---

(*) **Bibliografia.** — Muratori, diss. 19, 17; Waitz, II, 246-336; IV, 3-175; Inama Sternegg, *Deuts. Wirthschaftsgesch.*, I, 150 seg., 278 seg., 430 segg.; Hullmann, *Deut. finanzgesch. d. M. A.*, 1805; Ilse, *Gesch. d. deut. Steuerverf.*, 1844; Post, *Das fodrum*, 1880; Schupfer, 367-410; Vuitry, *Études sur le regime financ. de la France avant la Revol.*, 1878 (analisi delle opinioni di Boulainvilliers, Dubos, Montesquieu, Mably, Guérard, *Impositions politiq. dans la Gaule Biblioteh. de l'École des Chartes*, serie I, vol. I, ecc., sulla questione se i Franchi erano soggetti alle imposte); Baudi di Vesme, Fustel de Coulanges, *Séances et travaux*, ecc., CVI; Pertile, § 29; Walter, § 126-130; Schroeder, § 26; Bianchini, *Stor. d. finanze del Regno di Napoli*, 1839, p. 33 segg.

veduto assegnando al re vasti possedimenti, frutto della conquista, amministrati da funzionarii regi (*gastaldi*), e forse il tributo che pagavano i Romani, che fu prima il terzo dei prodotti e poi divenne un fisso: e lo pagavano i lavoranti delle terre individualmente e le corporazioni degli artefici solidariamente pei singoli membri. E siccome a molti servizi e prestazioni erano tenuti i sudditi, e la giustizia era pagata dai distrettuali e i duchi avevano grandi territorii in loro dominio, ne conseguiva che pochissimi fossero i servizii a cui doveva provvedere il re, che quindi non ci fosse bisogno nè di imposte vere, nè di organizzazione finanziaria. Presso i Longobardi, come poi presso i Franchi, l'esercito nulla costava al re nè allo Stato; i liberi dovevano equipaggiarsi e mantenersi, far le scufie o guardie, prestar angarie e vetture; e in seguito i possessori del suolo furono tenuti a equipaggiare e mantenere i loro uomini; i grandi lavori di strade, ponti, canali, ecc. erano a carico dei proprietarii; la giustizia non costava al re, invece fruttava benefizii sotto forma di ammende; la burocrazia non era pagata: i messi, per lo più grandi ecclesiastici, viaggiavano a loro spese; la beneficenza era messa a carico dei privati. Restavano poche spese personali e nemmeno complete perchè il re e il *palatium* in viaggio avevano il diritto di prendere per sè e per la corte quello che volevano; e poi le spese personali si confondevano colle pubbliche, per la stessa ragione che mancava una distinzione fra imposta pubblica e reddito regio.

Coi Carolingi non rivissero in Italia l'ordinamento finanziario romano, il censo fondiario e la capitazione, che anzi andarono in completa decadenza in tutti i loro stati dove erano fino allora sopravvissuti, cambiando di natura. Il principio germanico che il libero non deve pagare imposte della sua terra e per la sua persona valse anche sotto i Carolingi. Con essi però si introdusse una innovazione dovuta al più complesso meccanismo amministrativo e ai maggiori bisogni dell'impero: e fu la trasformazione dell'antica presentazione spontanea dei doni in una vera imposta diretta, nel dono annuo che non era una liberalità ma un obbligo, di cui non si conosce però bene la ripartizione. È certo che non era abbandonato al libero apprezzamento dei grandi e che il re ne fissava l'ammontare. Lo pagavano i grandi che alla lor volta si rimborsavano sui dipendenti. Anche le imposte indirette e le contribuzioni in natura (molte di origine romana) coi Carolingi si moltiplicarono e si aggravarono. Diritti di circolazione (*tractatica*, *pulveratica*, *pedatica*, *rotatica*), di passaggio sui ponti (*pontatica*), di navigazione (*ripatica*), contribuzioni di viveri (*paratae*) e foraggio (*fodrum*, l'antica *annona militaris* resa più produttiva), di alloggio (*mansiones*, *albergariae*), di opere personali (*angariae*), di servizio di

cavalli (*paravedi*) che si dovevano al re, ai messi ed anche ai conti, obblighi di costruire i ponti, riparare le strade e gli edifizii pubblici, ecc. opprimevano le popolazioni. E inoltre dazi (*thelonea*) per ogni comitato, alle chiuse, sulle strade, nei luoghi più popolati, e il pagamento della gabella in un luogo non liberava dal pagamento in un altro, tasse sui mercati (*foratica*), tasse per licenza di commerciare (*laudatica*, *salutatica*), tasse per poter trasportare con carri o some (*rodatica*, *saumatica*). All'origine queste tasse avevano il significato di retribuire la pace concessa ai passeggieri; ma come queste contribuzioni, a guisa delle dirette, furono distratte dalla loro destinazione, cioè furono riscosse a profitto dei grandi e delle chiese (e ciò per usurpazione o per concessione imperiale) (1) così divennero istrumenti di vessazioni e mezzi di rovina pei paesi dell'Impero. Alla fine del IX secolo tutte queste imposte non esistevano più a vantaggio della corona, ed i signori laici od ecclesiastici si affrettarono ad accrescerle facendo pagare nelle loro terre un gran numero di varie gravezze: la *molitura* pei molini, l'*herbaticum* e l'*agrarium* per condurre gli animali al pascolo, e il *daticum*, *castaldaticum*, *aescaticum*, *glandaticum*, ecc. Altre utilità poi ritraeva il principe dalle multe e dai guidrigildi (*fredum*), dai beni confiscati, dai *bona vacantia*, dalle composizioni dei fiscalini, dalla successione degli stranieri (§ 164) e dei manomessi *per denarium* che morivano senza eredi (e ciò in conseguenza del *mundio* regio), dai bottini di guerra, da una quota che sui loro guadagni pagavangli i mercanti che erano sotto la sua protezione, dalle *villae dominicae*. La moneta che presso i Longobardi era funzione e attributo dello Stato e presso i Franchi regalia, nel senso di prerogativa della sovranità regia, manifestazione del potere del re, e stava sotto la diretta sorveglianza dei conti, come parte del patrimonio pubblico, era pure riguardata come fonte di utili, ragione per cui fu ceduto alle chiese il diritto di coniare e di aver zecca, assieme agli altri cespiti finanziarii, al privilegio di tener mercati, ecc. (2). Se poi tutti questi mezzi finanziarii non bastavano, il re franco provvedeva usando dei beni delle chiese e dei monasteri (anche se non erano regii ossia parte del fisco) disponendone a suo talento, in virtù del mundio che egli esercitava su esse e per un diritto che la Chiesa stessa gli riconosceva (3).

---

(1) Salvioli, *Storia dell'immunità* (cit., § 45, pag. 80) pagg. 21-27.

(2) Salvioli, *Diritto monetario italiano dalla caduta dell'impero rom. ai nostri giorni* (estr. dall'*Encicl. giurid. ital.*, v. *Moneta*) p. 7-33.

(3) Ficker, *Eigenthum des Reiches am Reichskirchengut.*, *Wien. Ak.*, LXXII, 1872; Roth, Ribbeck e altri cit. al § 117, pag. 202.

114 (*). Allo spirito bellicoso dei Germani corrispondeva il principio che ogni libero, perchè sulla libertà posavano tutti i diritti politici, come era atto alle armi fosse membro dell'esercito, il che voleva dire membro del popolo. Allora era la libertà e non il possesso fondiario (come vorrebbe Waitz; contro Roth) la condizione del dovere, anzi del diritto, a portar le armi. Colle migrazioni non mutarono questi principii e nemmeno l'ordinamento militare; e presso i Longobardi e Franchi il popolo era l'esercito, le riunioni militari erano le assemblee popolari, il servizio militare era onere di ogni libero. Soltanto i Franchi estesero quest'onere a tutti i sudditi, compresi i Romani, cosicchè quello che era presso i Longobardi privilegio della razza dominante, del vero popolo nel senso del diritto pubblico, divenne gravoso peso di tutti i sudditi, conseguenza della sudditanza verso il re, che esercitava su Romani e Franchi diritti assoluti e poteva costringerli alle armi anche con pene gravi. In questo esercito più regio che popolare ogni libero o manomesso schieravasi sotto il comando del suo conte e del centenario del suo *pagus*. Eserciti permanenti non si ebbero mai, e quando la provincia era minacciata o la pace interna il richiedeva, il conte convocava i contingenti del suo distretto; in tempo di pace ognuno era tenuto far guardia ai confini, e i conti per mezzo dei privati e con altri espedienti provvedevano alla polizia locale; soltanto i servi del re e i suoi antrustioni, vassalli, *leudes* o *fideles* costituivano una forza armata stabile. Spettava al re convocare l'esercito e in ciò i suoi poteri erano illimitati. La *bannitio in hostem* era tutta a sua disposizione (*in utilitatem regis*). Il re comandava le truppe in persona o per mezzo di delegato. I soldati non ricevevano alcun soldo o indennità; equipaggiavansi a loro spese e vivevan come potevano durante la spedizione: non potevano però danneggiare i privati: ricevevano una parte del bottino o anche terre, secondo loro servizi. Ognuno che era sotto le armi avevano un guidrigildo triplice dell'ordinario, nè poteva essere citato o altrimenti molestato per un periodo di 12 o 20 giorni dopo il ritorno: egli era fino allora protetto dalla pace pubblica.

Quest'ordinamento, per sè difettoso, e sempre oneroso, portava con sè grandi inconvenienti, perchè tali eserciti erano piut-

(*) **Bibliografia** — Muratori, diss. 26; Waitz, II, 205-225; IV, 531-633; Roth, *Gesch d. Beneficialwesens*, 169-202, 302-416; Boretius, *Beiträge z. Kapitularienkritik*, p. 71; Baldamus, *Heerwesen unter Karol.*, 1879; Boutaric, *Instit. milit. de la France*, 1863; e le storie degli ordinamenti militari di Peucker, 3 vol., 1860-64; Max Jahn, 1878; Baltzer: Bartold: Koehler, *Entwick. d. Kriegswesens u. d. Kriegführung in der Ritterzeit von Mitte d. XI J.*, 3 vol., 1887; Erhard, *Kriegsgesch. bis 921 J.*, 1870; Prenzel, *Gesch. d. Kriegsverfas. unter der Karoling.*, 1887; Schroeder, § 23; Pertile, § 27.

tosto bande di poveri e di predoni; e i re franchi avevan d'uopo di buone truppe per difendere i vasti confini dell'impero. Anche i re longobardi (presso i quali base della costituzione militare era la condizione di liberi) si accorsero a un certo punto che nelle nuove circostanze questa era insufficiente, e con Liutprando la proprietà fondiaria acquistò una preponderanza e distinzione che non aveva prima, perchè i possessori servirono a cavallo, gli altri a piedi con obblighi diversi (Schupfer). Carlo M. dovè parimenti provvedere a questo stato di cose; e senza scartare il principio della sudditanza al re (o, come allora si diceva, il giuramento di fedeltà che tutti da 12 anni in su dovevangli prestare) senza annettere speciale riguardo alla condizione e al possesso fondiario (come vuole Waitz, Boutaric; contro Roth, Tardif, ecc.) cercò in via transitoria, temporanea e parziale e a seconda delle speciali emergenze (Boretius) conciliare gli obblighi militari colle strettezze economiche dei suoi sudditi. Ogni libero restava soldato di diritto (*pro persona libertatis*), ma le sue istruzioni ai *missi* di far pesare il servizio militare sui possessori, le sue disposizioni sul numero dei combattenti che si dovevano prendere fra i meno agiati, allo scopo di liberar l'esercito dai poveri, il permesso dato ai conti di esonerare quelli che sarebbero stati di ingombro e non di utilità per la deficienza di mezzi, l'obbligo loro di far delle classi di soldati secondo i beni, misure tutte rese urgenti dalle trasformazioni che subivano gli ordini militari e la tattica, dalla sostituzione della cavalleria, servizio più costoso, alla fanteria, — finirono, senza modificare con ciò il diritto, ad alterare di fatto la composizione dell'esercito E da quel momento e senza accorgersene il possesso come base del reclutamento venne a sostituirsi all'antico sistema, anche in forza dei nuovi rapporti derivanti dal possesso della terra a carico del possessore verso il signore, il quale per effetto del beneficio e della commenda (§§ 116, 117) aveva il diritto di chiamare alle armi tutti gli uomini delle sue terre. Da diritto personale il servizio militare era divenuto diritto reale. Fissavasi il contingente secondo le classi dei proprietarii, e fissavasi pure l'unità di possesso a cui misurare il dovere militare dei singoli; chi possedeva quest'unità vi era tenuto per sè; chi no, doveva unirsi ad altro; e uno dei due doveva servire. Quelli che nulla possedevano, univansi per soddisfare al dovere militare dando un *coniectus* o somma a chi di essi partiva per l'esercito. Nello stesso modo che la unità di possesso variava di volta in volta, anche il resto regolavasi secondo le circostanze, tempo, luogo, difficoltà di impresa; non vi erano norme fisse, tutto era lasciato al re.

L'eribanno era riguardato dalle popolazioni come grave peso; perchè non solo eran frequenti e lontane le spedizioni, ma adesso

aggiungevansi altre prestazioni personali, la guardia alle città, la polizia interna, la manutenzione dei ponti, strade, ecc. Tutti i chierici erano esenti, e tale esenzione gravava il servizio degli altri. Malgrado il rigore delle leggi contro i renitenti e gli ingiustamente esentati, malgrado le prescrizioni intese a mantenere completi i quadri, ad arrestare la fuga e la scomparsa (da parte dei signori laici ed ecclesiastici) dei liberi e dei piccoli proprietarii (1), malgrado l'azione dei *missi*, le leggi erano impotenti a mantenere l'esercito sulle antiche basi della libertà e le nuove della proprietà. Parecchi per sottrarsene fuggivano nei monasteri; altri valendosi della consuetudine che chi non possedeva in proprio era esente, commendavano a un signore sè e i loro beni, che egli restituiva sotto contratti diversi e dietro prestazioni, e colla di lui protezione acquistavano l'esenzione a prezzo della libertà, oppure non militavano più sotto gli officiali pubblici ma sotto il loro *senior* o sotto l'avvocato della chiesa che li conduceva al luogo dove l'esercito raccoglievasi e così preparavasi l'avvento del regime feudale che trovò quasi libera la strada per la scomparsa della classe dei piccoli liberi proprietarii, causata ancora dalle gravezze dell'eribanno Per tal via sotto i successori di Carlo M. modificossi la costituzione militare: il rapporto di sudditanza non ne fu più la base, ma il giuramento di vassallaggio che i grandi prestavano al re, non come capo dello Stato, ma come loro *senior*. D'allora i capi dei gruppi militari non furono più i conti ma i *seniores* e l'esercito divenne esercito di vassalli, nello stesso modo che il re divenne il *senior* dei suoi sudditi. Il patrimonio della corona servì per stipendiare i sudditi e vincolare vieppiù i grandi che importava al re avere fedeli, essendo signori di molti vassalli. Questi grandi laici ed ecclesiastici o *seniores* esercitavano sui *pagenses* gli stessi diritti del conte; essi ne conducevano un certo numero, non tutti, perchè erano stati solleciti a ottenere dispense, e per gli altri, per quelli cioè tenuti al servizio, rispondevano della loro presenza; essi dovevano provvedere ai loro bisogni (e lo facevano per mezzo dell'*hostilitium* e *carnaticum* che pagavano i suoi *pagenses*). L'eribanno però, ossia il diritto di convocare l'esercito rimase sempre attributo regio. Il re continuò a pubblicare il banno e i *missi* a farlo eseguire, a riscuotere una grossa ammenda pei renitenti non scusati, a riunire in corpi di esercito i contingenti che accorrevano da tutte le parti dell'impero.

Queste nuove istituzioni militari che scaturivano dalla impossibilità di accordare il servizio obbligatorio colle esigenze delle guerre frequenti, coi bisogni economici dei popoli, fattisi agricol-

---

(1) Salvioli, *Storia dell'immunità*, 102, 112, 177.

tori e legati alla terra, e la contemporanea sostituzione della cavalleria alla fanteria portarono con sè il beneficio e il feudo.

CAPO VII.

ISTITUZIONI FEUDALI (*).

115. Dopo le invasioni, sotto l'influenza di cause diverse, manifestaronsi in Europa istituzioni completamente ignote agli antichi Germani e che finirono per dare al diritto e agli ordinamenti politici un carattere nuovo. Ad esse appartengono il feudo e l'immunità, due fatti che mutarono la faccia dell'Europa politica e durarono fin quasi ai giorni nostri.

Nulla è più disputato delle loro origini. Secondo alcuni (1) il sistema feudale e beneficiale sta in istretta connessione coi beneficii romani militari o col contratto di precario; secondo altri si collega invece alla precaria ecclesiastica (§ 22). Opinione antica è che i feudi derivino dai doni che i capi facevano ai loro compagni del *comitatus*, doni di terre il cui godimento era separato dalla nuda proprietà e concesso o a tempo o a vita, secondo che i servizii erano temporanei o vitalizii. Anzi alcuni scrittori fissarono l'ordine di successione con cui furono successivamente fatte le diverse concessioni, prima revocabili e temporanee, poi vitalizie, indi perpetue e dippoi trasformate in feudi (2). Altri invece lo fecero derivare da istituzioni celtiche, e altri perfino dagli Arabi; mentre secondo Vico il feudo sarebbe di natura eterna, tutte le nazioni l'avrebbero avuto e tutte vi farebbero ricorso. Proudhon invece sostenne che il feudo è solo proprio dei Germani pei quali la piena e assoluta proprietà de

(*) **Bibliografia**. — Le opere di Hallam, Robertson, Guizot, Alteserra, *De origine feudor.*, 1780; Dragonetti, *Origine dei feudi di Napoli e Sicilia*, 1842; Orlando, *Feudalismo in Sicilia*, 1847; Poggi, *Considerazioni sulle origini e vicende del sistema feudale in Italia, Arch. st. ital.*, n. ser. VI; Boutaric, *Des origines du rég. féodal. Rev. des quest histor.*, 1875; Fustel de Coulanges, *Origines, etc. Séances de l'Ac. des sciences morales*, CII, CIII; e nella *Rev. des deux mondes*, 1873-74, e trad. in app. a Weanspeare, *Storia degli abusi feudali*, 1883; Rinaldi, *Primi feudi nell' Italia meridionale*, 1886; Beaudoin, *Origines du rég. féod. La recommandation et la justice seigneurale*, *Ann. de l'enseign. super. de Grenoble*, 1889; Dippe, *Gefolgschaft, u. Huldigung in Reiche d. Merov.*, 1889.

(1) Dubos, Garnier, Cuiaccio, Perreciot, *État civil des person.*, II, 252; Fustel de Coulanges, *Hist. des instit. politiques de la France*, I, 436. In parte anche Warnkoenig, *Franzos. Rechtsg.*, I, 140.

(2) Montesquieu, Mably, Lézardière, Naudet, *Etat des person.*, 444; Guizot, *Hist. de la civilis. en France*, III, 227; Lehüerou, Pardessus, *Loi saliq.*, 495; Guérard, *Polypticon d'Irminon*, I, 506; Laboulaye, *Hist. du droit de propriété en Occident*, 319.

suolo non avrebbe appartenuto che alla sovranità sociale. E ammettendo come più universalmente accettata l'opinione sull'origine germanica del feudo, altre dispute si ebbero intorno al popolo che l'introdusse — chi volendo i Longobardi (Pecchia), chi anzi attribuendone l'invenzione ad Autari (Duareno, Gifanio, Panciroli, Giannone), chi invece negando che i Longobardi sapessero di feudi (Muratori), chi ammettendo che sotto essi si preparassero le cause predisponenti al feudo (Rinaldi), chi infine attribuendolo ai Franchi. E per l'Italia meridionale chi dava merito ai Longobardi e Normanni di averlo introdotto (Giannone, Rosa, Poggi, Denina, Cibrario), chi l'apponeva solo ai Franchi e ai Normanni (Muratori, Pertile, Schupfer, Vesme e Fossati), mentre altri erano incerti o di media opinione (Winspeare, Dragonetti, Pagnoncelli, Lamantia, Emiliani-Giudici, ecc.).

Su queste opinioni notiamo solo che i benefizii romani non hanno in comune coi Germani che il nome, che il precario romano era gratuito e revocabile, mentre il beneficio era gravato e non potevasi togliere arbitrariamente, che nessuna analogia fra i doni dei capi e le concessioni dei re merovingi esiste, perchè queste non erano fatte sempre a guerrieri, ma a luoghi pii, a donne, a persone che stavano nella domesticità del principe (*in truste*) e che coprivano officii famigliari; e tali concessioni erano irrevocabili, non soggette a confisca e spesso accordate a chi aveva dato i suoi beni al re e quindi non gratuite. Le altre ipotesi non hanno per sè alcuna base storica e presentano solo apparenti correlazioni. Di feudo poi non può parlarsi che presso i Franchi.

116 (Vassallaggio) (*). Mentre i re Germani erano stati soliti gratificare i loro funzionarii con doni di terre, al principio del sec. VIII si introdusse il sistema di far loro concessioni temporanee o vitalizie (*beneficia*), le quali vincolavano il ricevente (*vassallus*) alla fedeltà e a servizii verso il re. Tali concessioni constavano di due elementi: uno personale, l'altro reale. Il primo era formato dal vassallaggio ossia dai rapporti di servizii e di fedeltà che un uomo (*fidelis, leudes, vassallus*) prestava al re: il secondo consisteva nel benefizio, ossia in una concessione di terre per godimento vitalizio. Dall'unione di questi elementi originò il feudalismo.

Come nei tempi antichi il volontario ingresso nel *comitatus* di un re o principe era fonte di onori, vantaggi, e anche di distinzione di classe, così anche in seguito lo stesso avveniva quando

(*) **Bibliografia** — Roth, *Gesch. des Beneficialwesens von den altesten Zeiten bis X Jahr.*, 1850; *Feudalität u. Unterthanverband*, 1863; Waitz, *Die Anfänge der Vasallität*, 1856; Ehrenberg, *Commendatio u. Huldigung n. frank. R.*, 1877; Kaufmann, *Entsteh. d. Vasallität* nei *Jahrb. f. Nationaloekon.*, XXIII; Garsonnet, *La recommandation et les bénéfices à l'époque franque*, *Nouv. Revue*, II, 443-490; *Hist. des locations perpétuelles*, 1879, 210 segg.; Deloche, *La trustis et l'antrustion*, 1873; Schroeder, § 24; Waitz, IV, 176-287; Pertile, § 24; Ciccaglione, I, 235 segg.

alcuno entrava in un rapporto più stretto di dipendenza e fedeltà verso il re o verso altre persone potenti, il che compivasi per mezzo di un atto detto commendazione, atto pel quale la libertà del commendato veniva limitata non soppressa. La commendazione era atto solenne, formale che compivasi: 1° Col presentarsi con le mani stese al signore il quale le stringeva (*commendare per manus, tradere manus suas*); da questa *traditio* (1) delle mani (non della persona), simbolo della capacità di prestare servizii, originava un rapporto bilaterale di fedeltà, che a chi riceveva dava diritti e doveri e a chi si commendava l'obbligo di servire fino alla morte di uno dei contraenti; però non *servitus usus* lasciata al beneplacito del signore, che non può esercitare quindi diritti reali, ma soltanto personali. 2° Nella presentazione di un dono (cavallo, armi) da parte del signore per manifestare la materiale controprestazione di lui per l'offerta fattagli dal vassallo. Questo dono divenne un momento essenziale nella storia [del feudalismo. Da principio la qualità e l'importanza del dono non avevano alcuna importanza; e colla commenda non era congiunta la concessione di fondo a titolo beneficiale (2); e come vi erano benefizii senza commende, così vi erano commende senza benefizii; e solo in seguito i benefizii divennero controprestazione e ricompensa per la commendazione, senza però che fosse alterato il carattere giuridico di questa. L'accettazione del dono obbligava sì il vassallo che non potevasi sciogliere se non in certi casi, come se riesciva a provare che il signore cercò renderlo schiavo, offenderlo nella moglie, ecc.; e ciò perchè la commenda era contratto reale (*do ut des*), contratto di permuta (Sohm); e vassallo e signore si obbligavano reciprocamente in forza del dono e della presentazione delle mani.

Congiunto a quest'atto formale andava da una parte la promessa di protezione, dall'altra il giuramento di fedeltà. Questa protezione non è la tutela delle donne o dei minori, nè il mundio generale sui sudditi, nè lo speciale sulle chiese e le vedove; la sua estensione non è precedentemente fissata. Era una promessa di coprire le cariche dello Stato e di corte, di aver un posto di onore nelle cerimonie pubbliche; era il diritto di godere di un triplice

(1) Sohm, *Recht. d. Eheschliessung*, 1875, p. 60. *La traditio* di persona è identica idealmente con quella di una cosa; è cessione di oggetto nel potere del ricevente che si sostituisce al precedente possessore. E come nessun diritto spetta all'oggetto, egualmente nessun diritto spetta alla persona ceduta, amenochè il ricevente non faccia atto di manomissione. Ehrenberg, 36-39.

(2) Ciò ha dimostrato Roth, *Beneficialwesen*, 427; *Feudalität*, 202-211. Così anche Gierke, I, pag. 125. Invece per Waitz, IV, 233, 256 seg., l'obbligo della prestazione dei servizii posa sulla concessione del beneficio, non sulla commenda.

guidrigildo, di essere giudicato al *placitum palatii*, di trattare nelle assemblee coi vescovi gli affari dello Stato, di chiamarsi compagni e servitori del re, che era il loro *senior* e al quale erano legati con vincolo vitalizio, non ereditario.

Il giuramento di fedeltà nulla aveva di comune col giuramento di sudditanza, che si prestava da ogni suddito al re; perchè il primo prestavasi solo da chi si voleva commendare e mettersi col re in diretto rapporto personale ed era base di una speciale fiducia. L'obbligo del vassallo non posava sopra un principio positivo come quello di tutti i sudditi, ma sopra un negozio giuridico privato di prestare *servitia* e *obsequia*, obbedienza, rispetto e prestazioni personali che andavano dai più elevati officii di corte e di guerra ai più umili servi. Tale contratto o rapporto fu detto dai Franchi, al tempo dei Merovingi, *trustis* (che vuol dire fedeltà secondo Roth, assistenza o mundio secondo Grimm e Deloche, schiera secondo Waitz) o *leudisamium*, e dopo, al sec. VIII, *vassaticum* o *vassallagium*; dai Longobardi *gasindium*, dai Visigoti *patrocinium* e gli accomendati si chiamarono *antrustiones*, *leudes*, *fideles*, *amici*, *gasindi*, e con parola celtica *vassi*, *vassalli*.

Alla loro volta i grandi funzionarii regi, i capi militari e i dignitari della Chiesa, costituitisi *seniores*, sulla base di questa commenda riordinarono la clientela dei loro domestici e dipendenti ed ebbero un seguito composto da uomini non interamente liberi (Roth). Questa vassallità privata non creava privilegi ed eccezioni al diritto pubblico, nè i servizii e la protezione inerente importavano conseguenze politiche: perciò non parve allora pericolosa per lo Stato. Ma nell'VIII secolo i *seniores* accrebbero la cerchia di essa accogliendovi tutti quei liberi che sentivano bisogno di una protezione più forte della legge e che non potendo accomendarsi direttamente al re, cercavano un intermediario, al quale si legavano collo stesso contratto che passava tra i grandi vassalli e il re. Gli dovevano fedeltà, *servitia*, *obsequia*; e in cambio ricevevano protezione, vitto e soccorsi di ogni genere, difesa e rappresentanza contro i funzionarii pubblici, appoggio, se offesi, per la vendetta.

Questo vassallaggio era un attentato contro il potere centrale. Carlo M. cercò reagire, proibendo la commenda, qualora servisse a sottrarre il commendato al servizio militare. Ma non riescendo in queste misure mutò politica, cioè tentò mettere la commenda ai servizi dello Stato, facendone la base dell'ordinamento militare. La commenda acquistò allora carattere pubblico. I signori dovevano giurare di portare in caso di guerra i contingenti armati dei loro vassalli, eccetto quattro uomini, per vegliare la casa e le donne, li investì di poteri disciplinari e giurisdizionali per costringere gli uomini ad armarsi e li fece responsabili dell'adempimento

di questo servizio militare. Così consacrò il potere dei *seniores* ponendoli sotto l'autorità diretta del re. E per rendere più potente questa organizzazione da cui speravansi buoni risultati pel re, si pensò perfino rendere obbligatoria la commenda. Invece essa non servì che a isolare e a distruggere l'autorità regia.

L'origine prima di queste commende al re o a *potentes* stava nel bisogno di protezione che si provava in quella società, nella gravezza insopportabile del servizio militare, negli oneri che importava la qualità di liberi, nell'impotenza di questi a difendere la loro libertà e i loro possessi contro la forza assorbente che esercitava la grande proprietà delle chiese, del fisco e dei grandi. E poichè si pagava troppo caro il vantaggio di essere proprietari di terre libere, tali e tanti erano gli oneri ad esse inerenti, si trovava preferibile, a detrimento della stessa libertà, divenire vassalli di un signore: il che assicurava almeno la esenzione da questi oneri.

117 (Il benefizio) (*). Colla trasformazione dell'esercito da popolare, in cui tutto il popolo doveva accorrere, in esercito di vassalli condotti dai rispettivi *seniores*, coincide la sostituzione delle truppe a piedi con quelle a cavallo (avvenuta nella prima metà del sec. VIII sotto Carlo Martello) resa necessaria dalle grandi e lontane spedizioni militari fatte in questo tempo e dalle guerre contro gli Arabi (1). Fino allora la cavalleria non aveva figurato che in modo insignificante, e il grosso degli eserciti invasori dell'impero romano era formato da pedoni. Poichè ogni libero aveva l'obbligo di armarsi e mantenersi del proprio, così quelle misere popolazioni cercavano anche ciò fare col minor dispendio individuale. Mutata la tattica e imposto ai soldati il cavallo, ai *seniores* che dovevano fornire al re uomini armati e a cavallo con armatura, toccò un vero ed enorme gravame; ma per compensarli i re cominciarono a distribuire loro terre del fisco perchè ne dessero anche ai loro vassalli; e così questi si provvedessero di cavalli e ne curassero l'allevamento. Siffatte concessioni prima furono fatte a titolo di benefizio o precario. Ben presto le terre fiscali furono esaurite, e poichè non bastavano i mezzi dello Stato, nè la legislazione nè le pene del banno potevano costringere i coltivatori e la gran

(*) **Bibliografia.** — Vedi § 115-116. Brunner, *Der Reiterdienst und die Anfänge des Lehnwesens*, Z. f. R. G., XXI, 1-38; Faugeron, *Les bénéfices et la vassalité au IX^me s.*, 1869; Bourgeois, *Le Capitulaire de Kiersy-sur-Oise. Études sur l'état et le régime polit. de la société caroling. à la fin du IX^me s.*, 1885; Pertile, I, p. 169.

(1) Baldamus, 60; Waitz, IV, 542-547; Dümmler, *Gesch. d. ostfrank. Reichs*, II, 633; Roth, *Bénéf.*, 402, mettono questo mutamento nel sec. IX. Altri l'attribuiscono al feudalismo.

massa degli esercitali che non avevano cavalli o altro animale a provvedersene, il re, pel diritto eminente che, secondo il diritto franco, aveva su tutte le terre del regno, comprese quelle delle chiese, e pel concetto che le terre delle chiese regie erano proprietà del fisco, pose le mani su quelle e su queste, le secolarizzò e le divise fra i *seniores* perchè le spartissero ai piccoli vassalli.

Questa è la celebre secolarizzazione fatta da Carlo Martello a scopi militari, che fu praticata nel regno franco parecchie fiate non come misura generale ma come imponevano le circostanze (Ribbeck) (1). La Chiesa si rassegnò a questi provvedimenti che non erano una spogliazione, perchè le terre s'intendevano prestate al re e per lui ai *seniores* (e difatti Pepino restituì una parte di quelle prese da Carlo Martello) e quindi le riguardava come sue e sempre vestite di quei caratteri giuridici proprii del patrimonio ecclesiastico, il quale non può mai essere alienato o sminuito, ma del quale è permesso soltanto il godimento temporaneo. Fu questo concetto che diede alla concessione fatta dal re di terre ecclesiastiche, la natura giuridica, fu questo principio di inalienabilità e temporaneità nel godimento che si trasfuse nel beneficio. Queste terre erano concesse secondo i principii delle precarie ecclesiastiche (cioè di quei beni che la Chiesa distribuiva ai chierici, beni dei quali mai essa perdeva la proprietà, ma sui quali i chierici esercitavano soltanto un godimento a titolo precario): i nuovi concessionari dovevano un censo alla Chiesa, oltre la decima sacramentale (onde i nomi *nona et decima*), e, il possessore morto, la terra ritornava alla Chiesa, riservata però la facoltà al re di disporne ancora, se gli necessitava. Il primo signore che la riceveva dal re, la distribuiva ai suoi vassalli colle stesse norme; la concessione restava sempre vitalizia e di godimento precario. La terra non perdeva il suo carattere.

Dopo il sec. VIII queste concessioni abbandonarono il nome di precarie e si dissero benefizii. Il nome era romano, ma il contenuto era diverso; perchè i benefizii dei Romani erano perpetui e trasmissibili coll'onere del servizio militare. I re dopo di aver cedute le terre loro e quelle delle chiese, a misura che la loro autorità si indeboliva, cedettero tutto quello che avevano; come diritti regali, dazii, privative di pesca, caccia, saline, e nella seconda metà

(1) Brunner, *Die Landschenkungen d. Merov. u. Agilolfinger*, *Berl. Ak.*, 1885, p. 1173 segg.; Roth, *Saecularis. d. Kirchengütes unter Karol.*, 1864; Ribbeck, *Die sog. divisio d. frank. Kirchengutes*, 1883; Kaufmann, *Die saecularis*, nei *Jahrbüch. f. Nationaloek.*, XXII, 73. — Roth fa derivare il feudalismo da un'azione legislativa rapida e cosciente, nell'ordinamento dello Stato, fatta dai figli di Carlo Martello, contemporanea alla secolarizzazione e compiuta per mezzo di essa. Lo nega Waitz: però vi è qualche cosa di vero; l'urgenza di respingere gli Arabi obbligò di dare alla composizione dell'esercito una nuova base e legando quella alla proprietà fondiaria, ne discendeva direttamente l'esercito feudale e da esso il feudalismo.

del sec. IX anche le cariche pubbliche distribuivano quali benefizii, ricompense di servizi resi o sperati, liberalità spesso imposte piuttostochè volontarie. E li imitarono i signori concedendo nello stesso modo ai loro vassalli i beni proprii o quelli che avevano ricevuto dal re. Il benefizio divenne allora conseguenza dell'accomenda o vassallato; solo un vassallo lo poteva avere, ed esso veniva nel posto del dono che il signore faceva al vassallo. Siffatto modo di concessione precaria serviva mirabilmente a ricompensare e alimentare la devozione dei fedeli e a impedire che i donatarii, ricevute le terre, o i loro eredi ripagassero di ingratitudine. La conferma della concessione era necessaria alla morte del vassallo. Anche i benefizii concessi ai funzionari pubblici non sopravvivevano al sovrano che li aveva dati e si voleva la conferma. Così al principio la parola e il contenuto del benefizio esclusero totalmente il concetto di ereditarietà. Se una terra beneficiale divenne ereditaria ciò fu in virtù di nuova concessione. I Merovingi spesso ad imitazione degli imperatori romani, fecero donazioni di terre del regio dominio in piena ed assoluta proprietà, ma queste non erano benefizii ma concessioni ereditarie di natura diversa (Brunner) (1). Ciò del resto volevano anche le idee germaniche sulla donazione la quale non conferiva, come la romana, al donatario un diritto ereditario; il donante si spogliava in favore di colui che egli voleva gratificare, ma non di un terzo, e quindi alla morte del donatario la cosa donata ritornava al donante.

Fu sotto Carlo Magno che i vassalli cercarono trasformare i loro possessi vitalizii in proprietà allodiali. O si alienavano i benefizii come beni propri, e poi erano ricomprati con un prezzo convenuto e la terra era così trasformata in allodio; o i successori se ne impadronivano come di beni allodiali anche senza che intervenisse una nuova conferma. Alla fine il Capitolare di Kiersy (Carisiense) dell'877 consacrò il principio dell'eredità in favore del figlio e del prossimo parente pel caso che un vassallo morisse in servizio del re e assimilò a semplici benefizii le cariche dei conti e gli offizii dei vassalli. Questo Capitolare che in Francia fu interpretato come statuente l'eredità delle cariche o dei benefizii (mentre in Italia e in Germania non la si ammise che al sec. XI) stabilì di fatto il regime feudale, che non è altro che l'eredità dei benefizii la quale

---

(1) Secondo Montesquieu, Robertson, Mably i benefizii prima sarebbero stati revocabili a volontà, poi temporanei, poi vitalizii, poi ereditarii. Guizot, Naudet, Eichhorn, Zoepfl vogliono che in tutti i tempi vi siano stati benefizii ereditarii e vitalizii. Per Roth l'eredità è incompatibile col benefizio. Noi ricongiungendo l'origine del benefizio alle terre ecclesiastiche diciamo che non potevano essere concesse a perpetuità.

importava l'indipendenza dei vassalli regii dal re. Il trapasso poi dei poteri pubblici dei conti ai *seniores* e l'assimilazione delle cariche tutte ai semplici benefizii, e come questi concesse, accrebbero l'importanza dei grandi proprietarii e furono un primo passo verso la fusione della proprietà e della sovranità.

Tutti i benefizii non sono però nati da una concessione diretta. La commendazione delle persone era spesso accompagnata da quella delle terre. Cedevasi a un signore la proprietà di terre per riceverle poi da lui in benefizio, giacchè in questi tempi di anarchia e debolezza del potere centrale la proprietà era un pericolo per le voglie che eccitava negli altri, e i piccoli proprietarii non ebbero di meglio che mettersi sotto la protezione di un uomo potente, felici se non tradiva la fiducia e non li opprimeva invece di difenderli.

118 (L'immunità) (*). Mentre queste nuove istituzioni sorgevano e si sviluppavano, scaturiente dallo stesso concetto di considerare lo Stato come un ente patrimoniale, crebbe e si svolse nell'impero franco l'istituto dell'immunità, il quale si unì al feudalismo per spezzare l'unità politica dell'impero, e preparare il crescere delle piccole signorie patrimoniali dove i diritti di sovranità sono fusi con quelli di proprietà.

Privilegi giudiziarii ed esenzione dagli oneri pubblici aveva ottenuto la Chiesa dai Romani e dai Longobardi; ma non la si era mai investita di diritti sovrani, alla pari dello Stato. I Longobardi quando assumevano le chiese *in defensione s. palatii* o le assimilavano alle *curtes regiae* per le composizioni da pagarsi ad esse, non fecero che aumentare la considerazione del clero, ma non sostituirono i vescovi ai funzionari pubblici. La Chiesa rimase subordinata allo Stato (1), malgrado tutte le donazioni di terre, le esenzioni e i privilegi di portare le proprie cause al tribunale regio e i suoi dipendenti non furono sottratti alla giurisdizione pubblica. I Franchi fin sotto i Merovingi furono più larghi verso la Chiesa per averne l'appoggio al fine di dominare più facilmente i Gallo-

(*) **Bibliografia.** — Muratori, diss. 50 e 71; Loening, *Gesch. d. deut. Kirchenrecht*, 1878, II, 728 segg.; Sickel, *Mundbriefe u. Immunität d. ersten Karol.*, *Wien. Ak.*, XLVII e XLIX; Prost, *L'immunité*, *Nouv. Rev.*, VI; Fustel de Coulanges, *Revue histor.*, XXII e XXIII; Salvioli, *Le giurisdizioni speciali nella storia del diritto ital.*, II, *Storia dell'immunità, delle signorie e giustizie delle chiese in Italia*, 1889 (negli *Atti e memorie della deput. di storia patria d. prov. moden. e parm.*, s. III, vol. V e VI); Waitz, IV, 187-323.

(1) Sulla posizione della Chiesa sotto i Longobardi v. Salvioli, *Giurisd. speciali*, I, 1884, p. 104 segg.; Tamassia, *Long., Franchi e Chiesa rom.*, 1888, 159 segg., 181-206.

Romani; le esentarono da certe imposte e carichi, non da quelli però che riguardavano più direttamente l'interesse dello Stato, quali erano gli obblighi militari, di fare e mantenere i ponti, le strade, ecc., le autorizzarono a vietare ai funzionarii pubblici l'ingresso nei luoghi chiusi, nelle corti e anche nelle terre della Chiesa, onde tenere tribunale e giudicare i dipendenti. Questo divieto ha il suo punto di partenza nell'altro divieto di entrare nel tempio per tenervi placiti e nell'inviolabilità o maggior protezione che godeva la *corte*, ossia il luogo chiuso presso i Germani e nelle gravi pene che la proteggevano. Coll'immunità questa protezione ed inviolabilità potevansi invocare non solo contro gli estranei alla corte ma anche contro i funzionarii pubblici. La ragione o causa poi di questo privilegio connettesi al costume germanico che i tribunali o placiti non erano tenuti in luoghi fissi, ma dove i conti stabilivansi volta per volta, e al diritto che i conti e tutto il suo seguito avevano di farsi mantenere, per tutto il tempo che duravano queste riunioni, dagli abitanti di quel territorio (*albergariae*). I re vollero liberare le chiese anche da quest'obbligo, e per rendere completa la esenzione fecero dell'avvocato della chiesa l'esecutore delle sentenze pronunziate al tribunale pubblico contro i dipendenti ecclesiastici, lo autorizzarono a rappresentarli al placito del conte, vietarono ai giudici pubblici sequestrare uomini di chiesa perchè facessero malleveria che altri citati al placito vi comparirebbero.

Questi dominii sottratti alla diretta ingerenza dei conti si organizzarono sotto la sorveglianza del signore ecclesiastico e dell'avvocato che tutte le chiese per legge dovevano avere, e che era nominato dal vescovo di accordo col conte colla missione di rappresentare la chiesa e i dipendenti davanti ai tribunali e difendere gli interessi del luogo immune. L'avvocato o *judex* non era un agente esclusivamente patrimoniale; ma dall'intervento del conte alla sua nomina, dalle condizioni che la legge voleva avesse, desumesi che aveva carattere pubblico e che in certi momenti rappresentava anche il re. Difatti oltre esigere i tributi pel luogo pio e curarne in tutto gli interessi, egli aveva la polizia locale, l'obbligo di catturare i rei e compiva nell'interno dell'immunità quegli atti giudiziari che spettavano gli agenti pubblici, facendo eseguire le sentenze, procedendo a sequestri, riscotendo le multe. Era l'intermediario fra il potere pubblico e i dipendenti: completava e non eliminava l'azione del conte. Ma egli non doveva tardare ad emanciparsi, approfittando della debolezza del potere centrale e delle condizioni generali che spingevano alla formazione di signorie patrimoniali.

L'immunità era dunque un privilegio (1) largito dal re ai luoghi

(1) E non un diritto dei grandi latifondi come volle Eichhorn, § 87,

pii, in ispecie, pel quale questi erano liberati dalla diretta potestà amministrativa del conte, a cui sostituivasi l'azione dell'avvocato; esso importava anche modificazioni alla procedura per quanto riferivasi ai dipendenti. Portata in Italia da Carlo M. divenne sotto i Carolingi il regime normale delle chiese italiane, e presto sviluppò i germi di autonomia che portava con sè. Essa che, come il feudalismo, doveva servire a rendere più spedito il governo centrale, a stringere i vincoli fra sudditi e Stato, rendendo a questo più facile la sorveglianza sulle classi sociali, fu invece una delle principali cause che spezzò l'unità politica dello Stato e distrusse il potere sovrano. Il divieto di ingresso finì naturalmente per rendere l'avvocato il padrone dei dipendenti e residenti sulle terre ecclesiastiche che mai potevano invocare l'intervento del conte nelle loro cause e dovevano accettare piuttosto l'arbitrato dell'avvocato.

I molteplici privilegi giudiziarii ottenuti dalle chiese accrebbero l'indipendenza loro, specie nell'Italia Alta e Centrale, finchè i re d'Italia e gli Ottoni la consacrarono solennemente con diplomi che escludevano completamente il conte dai dominii ecclesiastici ed ogni giurisdizione e signoria, che prima aveva il conte, trasferirono nelle mani dei vescovi, cedendo loro contemporaneamente l'amministrazione delle città e dei contadi, spogliandone i conti. Così delle terre allodiali furono trasformate in signorie patrimoniali, così alla proprietà si congiunsero i diritti e le prerogative della sovranità. L'Italia si frazionò in una moltitudine di piccole signorie, quali feudali quali patrimoniali, entro le quali il vescovo o l'abbate esercitava diritti sovrani, amministrava la giustizia civile e criminale, spesso il banno di sangue (*merum et mixtum imperium*), faceva statuti, esigeva imposte. Entro queste signorie tutti erano dipendenti, coloni, uomini di gleba. Le signorie patrimoniali, diverse per origine e natura giuridica dalle feudali, ebbero però con queste comuni le esorbitanti gravezze e gli abusi; scomparvero col sorgere del comune e solo nell'Italia Meridionale alcune (Montecassino, Cava de' Tirreni, Monreale) durarono fino al secolo XVII.

119 (Il feudo) (*). Alla fine del sec. IX il regime feudale era

(*) **Bibliografia.** — Vedi op. cit., § 115 e 131; Muratori, diss. 11; Weanspeare, *Storia degli abusi feudali in Italia*, 2ª ed., 1885;

172. È erroneo che nei grandi dominii vi fosse giurisdizione patrimoniale. Vedi Salvioli, *Giurisd. spec.*, I, parte 1ª. — L'opinione comune intende il divieto di ingresso come concessione di un tribunale privato e patrimoniale pei dipendenti delle chiese immuni. Così Muratori, Baudi di Vesme, Pertile, Hegel, Waitz, Bethmann-Hollweg. Per l'immunità merovingia Sohm e Loening hanno provato che non esiste tal concessione; noi siamo riesciti a simile risultato per l'Italia franca.

definitivamente costituito. Non era sorto tutto di un pezzo, ma si era formato lentamente. L'eredità dei benefizii, le cariche trasformate in proprietà, il frazionamento della sovranità l'avevano consacrato e reso inevitabile. Esso è creazione dei Carolingi i quali impotenti a proteggere efficacemente i diritti dei privati, incaricarono i proprietarii dei latifondi della protezione di tutti, autorizzandoli ad esigere dagli uomini soggetti prestazioni diverse. Nessun avvenimento o istituzione medievale esercitò tanta influenza sui destini della storia di Europa centrale o settentrionale. In Italia i benefizii dei Franchi si trasformarono in feudi nel sec. XI, causa le guerre di Enrico II e di Arduino d'Ivrea, che forzati a crearsi degli appoggi fecero larghe concessioni di terre a laici e ad ecclesiastici. Comparvero allora i titoli di *capitanei*, *cattani*, *milites*, *valvassores* e *valvassini*, che designano i grandi feudatarii e i piccoli vassalli, e allora si stabilì l'eredità dei feudi che non era stata prima, di diritto, applicata in Italia. Corrado II il Salico, colla costituzione di Pavia 1037 riconobbe il carattere patrimoniale dei feudi e stabilì che il feudo non potevasi perdere se non per un giudizio dei pari e per infrazione ai doveri essenziali del vassallaggio. Il feudo era in Italia trasmissibile nella linea diretta di maschio in maschio e mancando questa passava al fratello consanguineo del vassallo defunto. Il signore non poteva disporre del feudo senza il consenso del vassallo.

La parola feudo (*fevum*) non deriva da *fides* (Poggi) nè dal celto *fuidhir* (Sullivan) ma dal tedesco *feh-od* che vuol dire bestiame dato in ricompensa. Questa parola sebbene usata in carte del sec. IX (an. 878) entrò nel linguaggio giuridico solo al sec. XI. I più antichi monumenti di diritto feudale usano le parole *beneficium* e *feudum* come sinonimi.

Le istituzioni civili e politiche comprese sotto il nome di regime feudale riposano sopra un fatto unico, l'infeudazione o contratto feudale (che sostituisce la *salus publica*) in virtù del quale il re non ha altri sudditi che i suoi feudatarii diretti, essendo che gli altri non sono che sudditi di questi ai quali prestano giuramento di fedeltà, e pel qual contratto i diritti di proprietario del suolo e di sovrano stanno confusi. Sua base è la terra, sua natura

---

Rosa, *Feudi e comuni*, 1857; Ciccaglione, *Encicl. giuridica* v° *Feudo;* Cazulli Casabianca, *Feudalismo e Sardegna nel m. e.*, 1880; Secrétan, *Essai sur la féodalité*, 1858; Laurent, *La féodalité et l'église*, 1861; Garsonnet, 297-386; Guerard, *Polypt. de l'Abbé Irminon*, I, 503-575; Guizot, Pertile, § 31 e 32; Salvioli, *Giurisd. speciali*, II, p. 103-323. — « Sul diritto del signore » Veuillot, 3ª ed., 1878; Raepsaet, 1882; Fellers, 2 vol., 1882 — « Sulla cavalleria » Delecluze, Crollalanza, Perrot. — « Sulle tregue di Dio », Kluckholm, 1857; Semichon, 1857.

la concessione perpetua del suolo, con traslazione del dominio utile, ritenendo il signore la proprietà diretta, e avendo il ricevente obblighi di fedeltà e di servizii.

Sebbene il feudalismo non abbia avuto un ordinamento regolare e uniforme, ma abbia comportato una moltitudine di eccezioni e incoerenze dipendenti dall'essenza stessa del sistema, sebbene tutti i feudi non si rassomiglino, tuttavia nelle sue grandi linee, esso presenta i seguenti caratteri: 1. La natura particolare della proprietà territoriale, proprietà reale, inalienabile, ereditaria, che impone al suo possessore, sotto pena di decadenza, certi obblighi personali; 2. La fusione dell'esercizio dei diritti spettanti al potere pubblico colla proprietà; 3. Il sistema gerarchico di istituzioni legislative, giudiziarie, militari, che legavano fra essi i possessori dei feudi e ne formavano una gerarchia generale, infinite essendo le subinfeudazioni che frazionavano sempre più i diritti della sovranità; 4. La costituzione gerarchica della società secondo cui tutte le terre sono divise per categorie, ad ognuna delle quali corrisponde una categoria di persone; 5. La dissoluzione del potere centrale che non ha più forza nè autorità. Non si ha più una monarchia ma una poliarchia. Ciò che distingue il feudalismo dagli altri sistemi sociali è che a differenza delle repubbliche dell'antichità e degli stati moderni, il diritto pubblico non vi esisteva perchè stava confuso col privato. Feudatario era sinonimo di sovrano. L'investitura dava tutte le prerogative del potere pubblico; e in cambio si era tenuto soltanto a dare il contingente di truppe al sovrano e aiuti in certi casi. I conti e i marchesi che rappresentavano la regia autorità nelle provincie, non si riguardavano come mandatarii di essa, ma consideravano i loro poteri giudiziarii, amministrativi, ecc. come accessorii ai feudi di cui erano investiti, dacchè l'officio era ereditario come il feudo.

Il feudo doveva consistere nella concessione di un immobile, ma presto i re infeudarono i diritti di mercato, di monetaggio, di giustizia, di caccia, di pesca, ecc. Si sono annoverati oltre cento varietà di feudi (Ducange, Weanspeare); la Chiesa infeudò le decime sacramentali (finchè lo vietò il Conc. Later., 1179), le offerte, i diritti di stola, i cimiteri, gli altari; i proprietari eressero in feudi terre non nobili, diritti di esercitare professioni, di aprire botteghe, di tenere forni, alveari, colombaie. Tutto, materia e spirito, fu travolto negli ingranaggi della macchina feudale.

La gerarchia feudale era così costituita: alla sommità il re che non rilevava da alcuno: era il primo dei liberi e il suo dominio era il primo degli allodii; dopo lui i grandi vassalli che rilevavano dal re; poi i minori vassalli che dai grandi tenevano le terre e via dicendo. Ognuno di questi entro i suoi dominii pos-

sedeva: 1° Diritti giurisdizionali, giustizie feudali e signoriali su tutti i dipendenti, alta e bassa giustizia: i vassalli erano giudicati da una curia di pari, e contro le loro sentenze in regola generale non vi era appello; 2° Potere di far statuti territoriali; 3° Potere di risolvere le questioni con altri signori per mezzo di guerre, conseguenza ed estensione della vendetta privata (*faida*); ma a differenza di questa la guerra feudale era soggetta a norme determinate; 4° Potere di riscuotere le antiche imposte pubbliche e innumerevoli contribuzioni, taglie, bannalità dai dipendenti; 5° Diritto di coniar moneta (1).

La feudalità ha avuto denigratori ed apologisti (Janssen) i quali dicono che questa forza bruta attuò la giustizia, essendo i poteri pubblici impotenti. Il vero è che essa fu una necessità militare e sociale, che pure rese i suoi servizii, malgrado i molti e grandi difetti, e alla quale noi dobbiamo qualche cosa. Essa avvantaggiò la causa della libertà distruggendo il dio Stato, l'idea dello stato antico, favorendo la libertà umana contro il dispotismo e l'abbiezione imperiale, esagerando anche l'individualismo che l'antichità sconosceva, abbassando l'autorità; giovò alla causa dell'uguaglianza facendo scomparire i piccoli gruppi sociali, avvicinando le diverse classi create dalle invasioni, fondendole in una sola: in quella di dipendenti (Laurent, Lamprecht). Nell'Europa feudale l'elemento dominante fu l'individuo; non vi furono più relazioni di individuo a Stato. Il feudalismo non conobbe la libertà nè la schiavitù antica. Vi era una classe dominante e delle classi servili; ma anche quella era subordinata; persone libere non esistettero più e l'ideale del feudalismo era una gerarchia infinita, dove ognuno, anche gli schiavi, avevano il loro posto in quella scala. Inoltre questa divisione sociale non aveva l'immobilità orientale nè la rigidità romana; ma era soggetta a tutte le variazioni, perchè non era il sangue che produceva le differenze ma la proprietà. La varietà, la mobilità e l'incertezza che distinsero la servitù feudale, furono un progresso; la mancanza di una vera separazione di classi agevolò la fusione e l'assimilazione dei servi coi semiliberi. L'ordinamento feudale era basato su un contratto, era un'associazione di uomini aventi diritti e obblighi reciproci. Per questo lato adunque il feudo dopo essere stato il dissolvente generale, servì a condurre la società all'eguaglianza e all'unità, a far penetrare in tutti gli ordini il concetto del contratto, e gettare così i principî della libertà civile e politica e della sovranità popolare, a sviluppare l'idea di un potere coercitivo esercitato da

(1) Salvioli, *Diritto monetario italiano* (*Enciclop. giurid. italiana*, v. *Moneta*), cap. VI, pag. 41 e segg.

una parte della comunità sul resto, a far accettare la teoria della legge emanante dalla volontà di un sovrano multiplo e il concetto della felicità dei più (Summer Maine).

L'influenza del feudalismo si manifestò ancora, nella sfera del diritto, col regime territoriale delle nazioni europee, colla creazione di stati unitarii, coll'unione personale di molti territorii. Difatti un vassallo poteva essere investito di molti feudi separati geograficamente. Alle idee feudali rimonta il protettorato esercitato in favore degli stati deboli; da esse dipende la situazione dell'impero verso il papa che come signore temporale era un vassallo dell'imperatore, ed era invece sovrano indipendente in quanto consacrava l'imperatore; ad esse collegansi le prime traccie di parlamenti e l'istituzione della cavalleria che fu elemento di ordine e giustizia in quell'anarchia morale, mitigando i costumi, creando una morale internazionale sulla base dell'onore. Unione ideale dell'onore e della bravura germanica colle nozioni cristiane di una missione universale per l'umanità, la cavalleria attuì quello che il feudo, la cui legge erano la forza e la guerra, aveva di violento e di sanguinario, e cooperò colle tregue di Dio proclamate dalla Chiesa (in Italia nel 1080) e colle leggi imperiali che sancivano le paci generali, a rendere meno disastrosi e micidiali gli effetti delle guerre private. Infine l'isolamento feudale creò la vita di famiglia, il rispetto della donna; ed anche il moderno concetto di proprietà e di successione che sopprime ogni elemento sociale nella divisione e trasmissione della terra. Questi effetti si fecero però più sentire in Francia, Inghilterra e Germania, che in Italia dove il feudalismo non ebbe tanta azione, causa il prevalere del comune che servì meglio e più rapidamente a fondere le classi, a sollevare l'individuo, ad affermare i concetti di libertà e di sovranità popolare.

CAPO VIII.

DIRITTO PUBBLICO DELL'IMPERO GERMANICO.

120 (Il Sacro Romano Impero) (*). La ristaurazione dell'impero romano fatta da Leone III il 25 dic. 800, allo scopo di opporre all'impero d'Oriente un impero germanico, è l'atto più importante

(*) **Bibliografia.** — Ficker, *Forschungen* I: *Deuts. Kaiserreicht*, 1861; *Deuts. Koenight.*, 1862; le storie dell'impero german. di Doenniges, Giesebrecht, Jaffé, Leo, Dümmler; Döllinger, *Kaiserthum Karls*, 1864; Malfatti, *Papi e imperat.*, 1876; Bryce, *Sacro rom. impero*, 1886; Himly, *De s. r. imp. indole*, 1859; Rolando, *Dignità imper. di C. M.*, 1873; Lancizolle, *Bedeutung d. röm. deut. Kaiserwürde*, 1856; Dopffel, *Kaisert. u. Papstwechsel unter Karol.*, 1889.

del papato nel medio evo, quello che esercitò la maggiore influenza sulla politica e la civiltà europea.

Lo stato o impero universale fu l'ideale dell'antichità e del medio evo: entrambi offrono tentativi di organizzazione generale della vita dei popoli; Alessandro che volle unire occidente ad oriente, lo stato umano dei Greci colla teocrazia asiatica, i Romani che vollero imprimere in tutto il mondo il loro carattere nazionale, Carlo M. che cercò realizzare nella monarchia franca, poi Ottone I nell'impero romano-germanico, l'idea dello stato universale. Tale idea aveva il medio evo ereditata da Roma come parte necessaria dell'ordine del mondo; i ricordi dell'antica grandezza l'avevano perpetuata nel seno delle popolazioni latine; e la Chiesa che aspirava al dominio universale del mondo affrettava la ricostruzione di uno stato universale che avesse la direzione della vita politica di tutte le genti, come essa ne dirigeva la spirituale. La Chiesa communione di fedeli, vero santo impero che raccoglieva tutti gli uomini nel suo seno, sperava conseguir meglio i suoi fini se invece di stati limitati a una nazione avesse avuto che fare con uno stato solo universale. È vero che nel concetto della Chiesa l'impero non era morto, ed anzi esisteva nel bizantino che doveva essere il difensore del papa; ma come quello per impotenza od ostilità non compì più i suoi doveri di avvocazia, il papa si ritenne in diritto di trasmettere tale avvocazia ad altri, a chi cioè per la larghezza delle sue conquiste e gli speciali legami colla Chiesa e pel titolo di *patricius*, poteva esercitarla; e siccome nella mente dei popoli l'idea di avvocazia presentavasi associata a quella dell'impero romano, così l'aver assegnato uno degli attributi della dignità imperiale, quello di avvocato o difensore della Chiesa a Carlo M. gli portò l'impero stesso, e l'avvocazia divenne la base della monarchia universale cristiano-germanica. Se però la consacrazione di Carlo M. presentavasi non come risurrezione dell'impero ma come traslazione dai Bizantini a lui, ciò non vuol dire che il papa avesse allora il diritto di disporre della corona imperiale; la costumanza della successione ereditaria e dell'elezione popolare avrebbero del pari esclusa questa pretesa. Il papa era l'interprete della volontà popolare che identificavasi col potere sacerdotale, odiava i Greci, sentivasi grato ai Franchi. Il re non prese la corona per potere suo proprio, ma la ricevè quale conseguenza della sua autorità; il papa lo consacrò non in virtù di alcun diritto suo, ma quale strumento della provvidenza che aveva indicato Carlo per difendere e guidare la comunità cristiana; nè egli nè il popolo romano avevano diritto sulla dignità imperiale e ne potevano disporre. In virtù del suo titolo di patrizio Carlo era il signore di Roma e il papa ne era il vescovo, soggetto però all'imperatore a cui giurava fedeltà.

L'interesse politico offuscò in seguito il concetto della traslazione dell'impero e dell'origine sua; lo si trascinò fuori dalla sfera delle cause politiche per legarlo alla volontà divina e farlo comparire come emanazione della sovranità universale della chiesa. Dopo tre secoli ardeva furiosa controversia. Per gli imperialisti la corona era stata guadagnata da Carlo come premio di conquista; e quindi i Romani e il papa non

avevan diritto su essa. Dai Romani rispondevasi che solo il Senato e il popolo potevano creare un imperatore che era il loro principale magistrato, il depositario temporaneo di loro autorità; dai papi opponevasi il fatto che Leone aveva imposta la corona, argomentando esser diritto loro concedere a chi volevano una dignità creata per essere ancella della loro. Dottrine tutte false perchè non vi era stata conquista, nè elezione o concessione, poichè l'impero non era che il prodotto della forza e dei fatti compiuti, e la legalità era ancora presso i Cesari di Bisanzio che non potevano essere deposti dal popolo romano nè dal papa, che chiamarono impostore l'imperatore franco e si dissero i soli veri e legittimi capi del popolo cristiano.

Il nuovo impero non era, come gli antichi, assoluto e onnipotente; ma per quanto riguardava la parte spirituale subordinato alla Chiesa. La grande distinzione di Stato e Chiesa, comparsa col cristianesimo e che Giustiniano aveva combattuto e minacciato di aggiogare al politismo, aveva indotto lo Stato a rinunziare a regnare colle sue leggi sulle coscienze e ad abbandonare la direzione della vita religiosa alla Chiesa che aveva un principio di vita a sè, un corpo visibile e formava una barriera all'onnipotenza di esso. La dottrina della Chiesa era così formulata: lo Stato è il corpo, la Chiesa è l'anima; quello è la luna che prende luce dal sole; entrambi hanno sfere distinte di anime; ma lo Stato deve coordinarsi col bene della Chiesa con cui ha comuni gli obbiettivi, collaborare alla salute delle anime, alla pace della cristianità. Sebbene le due autorità derivino da Dio, tuttavia l'organo immediato di Dio essendo la Chiesa, a questa spetta dettare le regole per la salvazione delle anime. Da ciò originò il carattere religioso dell'impero, l'obbligo dell'imperatore di prestare il suo braccio al papa, specialmente contro gli eretici.

Quest'impero non si limitò soltanto alla protezione della Chiesa, ma sviluppò tutti quei principii politici che portava con sè. Pel suo carattere d'impero universale, di agente di pace, doveva essere un principio internazionale che con maggior efficacia del papa operasse fra le nazionalità rivali, offrisse a tutti pace e giustizia, ascoltasse i reclami contro gli altri, imponesse la sua volontà, perchè aveva diritto all'obbedienza della cristianità non come capo ereditario di una tribù vittoriosa, ma per la natura divina del suo potere, non perchè superasse in dignità i re della terra, ma perchè il suo potere era diverso, era sorgente e condizione necessaria dell'autorità loro nei diversi territorii. I giuristi svilupparono poi le ragioni per cui l'imperatore, come successore dei Cesari, aveva l'alto dominio in tutto il mondo occupato dai Romani, come questo dovesse stare in dipendenza da lui che solo poteva conferire diritti validi, come i sovrani d'Europa non potevano opporsi al suo potere

stabilito da Dio, perchè egli era il protettore del diritto e della libertà dei popoli (Bartolo, Cino, Dante: cfr. Chiapelli, cit., § 62).

La corona di imperatore romano fu riunita a quella di re di Germania da Ottone I che vi aggiunse una terza corona, quella di re d'Italia che ricevevasi a Milano, a Pavia od a Monza dall'arcivescovo di Milano. D'allora l'impero tedesco si disse *sacrum imperium romanum nationis germanicae;* e sebbene il papa non fosse tenuto a consacrare un re tedesco, tuttavia a lui destinava la corona perchè era il più forte dei sovrani. Colla morte di Enrico VII cessò l'impero di avere in Italia potere reale; ma vi lasciò fatali conseguenze perchè, causa di esso, l'Italia restò avvolta giuridicamente a interessi esterni e confusa nella sfera indefinita di quel cosmopolitismo politico che pareva cessato con Roma antica e preparava a noi funeste complicazioni. Ma dopo aver entusiasmato un uomo di stato come Federico II, un genio come Dante, innamorati di questo sogno di vedere tutti gli stati d'Europa sottomessi all'imperatore nella forma, sebbene indipendenti sotto tutti i rapporti essenziali ed aventi una vita e volontà propria, non poteva scomparire tutto. Il fantasma e il titolo sonoro (*imperator electus* perchè gli mancava la consecrazione) accompagnato da prerogative di precedenza, durarono anche quando i diritti imperiali furono sacrificati a quelli dei singoli stati, e quando la pace di Westfalia abrogò la sovranità di Roma e fece dell'imperatore il rappresentante di un'unione nazionale più ristretta. Il rinascimento però e i giuristi protestanti del sec. XVI-XVII a questo impero avevano distrutta la base teorica, e le idee politiche della rivoluzione francese gli diedero l'ultimo crollo: esso scomparve totalmente coll'abdicazione di Francesco II (6 agosto 1806).

121 (*). Dopo lo scioglimento dell'impero carolingio l'Italia ebbe re nazionali ed elettivi, scelti nella dieta dei grandi a Pavia. Quando Ottone I fu eletto re d'Italia e coronato a Roma imperatore, la corona del regno d'Italia e quella dell'impero si confusero nella persona che era assunta al trono di Germania. Dopo Corrado il Salico (1036) non si ebbe più simulacro di elezione e si riconobbe per re d'Italia il re di Germania. Questi era scelto per elezione, fatta prima da tutti i liberi tedeschi, poi

(*) **Bibliografia**. — Muratori, diss. 3, 4, 5, 8; Ficker, Waitz, V e VI; Phillips, *Deuts. Koenigwahl bis zur gold. Bull. Wien. Ak.* XXIV e XXVI, 1858; Harttung, *Tronfolge bis zur Mitte d. XI J. Forschung.*, XVIII; Weiland, *Koenigswahlen*, id. XX, 1880; Maurenbrecher, *Gesch. d. deut. Koenigswahlen, v. 10-13. J.* 1889; Pertile, § 34; Zeller, *Fondation de l'empire germ.*, 1880; *L'empire germ.*, 1881; Lorenz, *Papstwahl u. Kaiserthum*, 1874. Sulla *Constit. de exped. rom.* (una falsificazione di monaci della fine del secolo XI secondo Ficker; 2ª metà del sec. XII sec. Pertz e Waitz), vedi Ficker, § 69; *Wien. Ak.*, LXXIII; Waitz, *Forsch.*, XIV.

dopo il 1197 solo dai grandi del regno, finchè nel 1356 la Bolla d'oro stabilì sette elettori (vescovi di Magonza, Treveri, Colonia, conte palatino del Reno, duca di Sassonia, margravio di Brandeburgo e re di Boemia). La scelta era libera, ma generalmente cadeva sulla casa regnante se vi erano discendenti diretti. Chiunque libero, capace dal punto di vista spirituale e corporale, poteva governare l'impero. L'eletto era incoronato ad Aquisgrana: poi faceva un'*expeditio* a Roma per farsi consacrare imperatore dal papa; e questo solenne avvenimento dava diritto al papa di investigare se l'elezione era legale e confermarla; e da ciò dipendeva poi l'acquisto dell'autorità imperiale. Su questi motivi posavano le pretese papali sull'elezione dell'imperatore, che avevano un grande valore anche pel fatto che, le due corone essendo riguardate come inseparabili, se il papa metteva l'imperatore al banno della Chiesa, gli poteva far perdere oltre la corona imperiale, anche quella di re. Contro queste pretese lottò aspramente Lodovico il Bavaro, sostenuto specialmente da alcuni pubblicisti (Guglielmo d'Occam, Marsilio de Menandrino) e finì nel 1338 per sancirsi che l'eletto non aveva duopo di conferma papale per amministrare l'impero o per assumere il titolo di re (1). I politici del sec. XIV svilupparono questo concetto affermando la superiorità dell'imperatore sul papa: e questo era il concetto dei pensatori ghibellini.

122. Alle istituzioni carolingie il tempo e il malvolere dei grandi avevano recato gravi danni: poco di esse restava in piedi; nè gli Ottoni se ne erano fatti i restauratori o i continuatori. Difatti la loro monarchia richiama piuttosto la Germania barbara che l'impero franco. Escito dall'elezione, Ottone fondò il suo potere sulla forza non sul diritto; egli era tutto; non diete regolari, e nemmeno quella specie di consiglio che avevano i Carolingi: egli l'aveva sostituita con una corte di domestici. Vere istituzioni imperiali non esistevano, perchè l'imperatore non aveva poteri se non quelli che gli assicuravano il suo valore individuale e l'obbedienza dei suoi vassalli; il suo è governo tutto personale; non costituzione, non leggi generali, non ordinamenti: non vi erano officiali imperiali, i conti palatini non essendo che amministratori dei beni regii. L'imperatore era il sovrano che aveva sotto di sè il maggior numero di feudatarii: ecco tutto. Ma sotto la casa degli Hohenstaufen gli officiali non furono l'ornamento della corte e gli istrumenti del governo, ma fecero parte del regno, e il sovrano chiese la loro partecipazione negli affari più importanti; anzi una certa regolarità si introdusse nella riunione dei grandi vassalli regii (*principes*, *primates*) e si tennero diete (*curia*, *concilium*, *conventus*) composte di laici e di ecclesiastici, che a sua scelta chiamava il sovrano: dove si decideva della guerra, si giudicavano i crimini di Stato, si stabiliva su punti di diritto, si decideva dei scismi, si davano investiture o privilegi, si nominavano duchi, si riconoscevano

---

(1) Riezler, *Liter. Widersacher der Papste zur zeit Ludwig*, 1874; Scaduto, *Stato e Chiesa negli scritti politici della fine della lotta per le investit.*, 1886; Friedberg, *Mittelalt. Lehre u. Verhältnis von Staat u. Kirche*, 1874; Labanca *Marsilio da Padova*, 1882; Niehues, *Gesch. d. Verhalt. zwischen Kaiserth. u. Papst. im M. A.*, 2 v., 1863-86.

o destituivansi papi. Da queste assemblee traevano autorità e forza il *banno* del re, cioè i suoi giudizii e le sue chiamate militari. Ma la sua volontà non predominava, nè si accompiva se egli non era potente, perchè il suo potere era sempre personale. Non vi erano principii generali che dominassero la situazione; l'esecuzione degli ordini dell'imperatore dipendeva dalla sua autorità personale, e ciò perchè non vi era, anche al tempo degli Svevi, amministrazione politica nè funzionarii che lo rappresentassero e potessero in certi casi prestargli un concorso potente (Waitz). La costituzione imperiale era un assieme di rapporti mutevoli, nati sotto l'azione delle circostanze fra il capo dell'impero e i suoi membri; e questi tendevano a limitare sempre più quelli del capo. Così l'imperatore che doveva mantenere la pace e il diritto, perdè a poco a poco la sua giurisdizione e l'acquistarono i signori assieme ai diritti di regalia, a quelli sull'esercito, sulla giustizia, sulla moneta, ecc.

Anche l'ordinamento militare presenta poca fissità e uniformità, tutto essendo affidato e regolato dal contratto feudale. L'imperatore aveva ancora l'eribanno, convocava i principi e i vassalli regii, generalmente non tutti ma solo i più vicini al teatro della guerra. Sotto Enrico IV questo potere imperiale fu anche ridotto perchè i grandi vollero esaminare le cause della chiamata e decidere su di esse, stabilire il luogo e il tempo della riunione; ma una volta approvata la deliberazione imperiale, chi chiamato non accorreva, perdeva il feudo. Le spedizioni in Italia erano il sogno dei *principes* e lo scopo dell'ambizione imperiale; finivano colla consecrazione a Roma; nelle altre l'imperatore otteneva la vittoria o era licenziato. Il vassallo doveva essere mantenuto dal suo signore, altrimenti poteva prendere congedo e ritornarsene.

L'ordinamento finanziario restava ancora il Carolingio; soltanto tutte le imposte erano riscosse dai grandi del regno, ai quali erano infeudate assieme al diritto di conio, di pesca e a tutti gli altri diritti regali. In teoria l'imperatore aveva immense risorse finanziarie: ma in pratica non poteva contare che sopra i suoi beni privati.

CAPO IX.

ORIGINE, VICENDE E NATURA DEL COMUNE.

123 (*). Mentre i re italiani e gli imperatori sassoni largivano ai vescovi la giurisdizione patrimoniale per le terre delle chiese,

(*) **Bibliografia.** — Muratori, dissert. 18, 45, 46 e 52; Pagnoncelli, cit. § 109; Sclopis, II, c. 4; Fumagalli, *Antich. long. milan.*, I, 6; II, 21; Sismondi, Emiliani-Giudici, Hegel, Balbo, Perrens, Villari, Ferrari, *Révolut. d'Italie*, 1858; Raumer, *St. degli Hohenstaufen;* Rezzonico, *Origine e vicende del dir. municip. in Milano*, 1848; Carlini, *De pace Constantiae*, 1763; Vannucci, *I primi tempi della libertà fiorent.*, 1861; Lanciani, *I comuni*, 1882; Rosa, *Feudi e comuni di Lombardia*, 1857; Doneaud, *Origine del com. in Genova*, 1879; Blumenthal, *Zur Verfass. u. Verwaltungsgesch. v. Genua im. 12 J.*, 1872; Anemüller, *Gesch.*

spogliavano dell'amministrazione delle città e territorii dell'Italia settentrionale e centrale i conti, i quali forti del loro diritto di eredità ai feudi erano divenuti turbolenti e cercavano nelle rivoluzioni continue la via per la completa indipendenza. E poichè per quest'ordinamento feudale basato sull'eredità, gli imperatori videro che presto avrebbero perduto ogni signoria sulle città, credettero riconquistarle passandone l'investitura ai vescovi e confondendo il comitato nella diocesi, coll'idea che il vescovo essendo elettivo e l'impero potendo per diritto influire sulla nomina di lui e dovendogli ora volta per volta conferire l'investitura, si avrebbero avuti nelle città vescovi-conti devoti all'impero. E così le città passarono nella signoria dei vescovi. In questo fatto sta l'origine dei comuni, istituzione nuova che nessun rapporto di figliazione ha coi municipii romani (come vollero Pagnoncelli, Savigny, Sclopis). Difatti le città separatesi dal contado, ebbero sotto i vescovi una amministrazione autonoma esercitata dall'avvocato della Chiesa coll'assistenza dei *boni homines*, dei maggiori *valvassori* o *milites*, cioè di quelli che avevan feudo dal vescovo. E sotto questa amministrazione le corporazioni di arti e mestieri o compagne e gli aventi diritto ai beni comunali ebbero libertà di adunarsi e di far udire la loro voce negli affari interni e a poco a poco, per concessioni od usurpazioni, si attribuirono quei poteri che il vescovo esercitava per mezzo di delegati. I cittadini non proclamarono allora nè subito dopo la decadenza del vescovo e meno dell'imperatore; ma continuarono a lasciare al vescovo la rappresentanza e a figurare come suoi dipendenti (signoria nominale che qualche volta mantennesi anche quando il comune era nel suo tramonto) finchè sentendo che essi avevano per sè la forza, il numero, la ricchezza, tutto, non si limitarono più a proporre, ma deliberarono, non accettarono più gli avvocati o visdomini del vescovo ma nominarono i proprii consoli (fine sec. XI), e senza proclamarsi indipen-

---

d. Verfass. Mailands, 1881; Del Giudice, *Studii di storia e dir.*, p. 44 segg.; Handloike, *Lombard. Städte unter d. Herrsch. der Bischöfe*, 1883; Bethmann-Hollweg, *Ursprung d. lomb. Städtfreiheit*, 1846; Leo, *Verfassungesch. d. lomb. Städte*, 1824; Haulleville, *Hist. des comunes lomb.*, 1857; Pawinski, *Entstehungs gesch. d. Consulats in den Comunen Nord u. Mittel-Italiens*, 1867; Rieger, *Immunität d. italien. Bistümer*, 1881; Schupfer. *La società milan. all'epoca del risorgim. del Comune. Arch. giur.*, 1869; Ficker, Pertile, § 36, 37, 47, 51; Salvioli, *Storia* (cit. a § 118), pag. 287 e seg.; Mazzi, *Le vicinie di Bergamo*, 1884; Falletti Fossati, *La democr. it. nel m. e.*, 1889; Cipolla, *Storia delle signorie italiane dal 1313 al 1530*, 1881; Canestrini, *Doc. per la storia d. milizia it. dal sec. XIII al XVI. Arch. st. it.*, I, s. XV; Id., *La scienza e l'arte di Stato*, 1862; Ricotti, *Compagnie di ventura*, 1845; Gianotti, *La repub. fiorent. e la venez.*, 1840; Reumont, *Diplomazia ital. dal sec. XIII al XV*, 1861.

denti dal vescovo, anzi abbandonandogli qualche bricciola di giurisdizione, coll'acquiescenza o l'espressa approvazione degli imperatori che speravano molto dai cittadini contro i feudatari e contro l'episcopato stesso, organizzarono il comune che in breve soverchiò l'autorità vescovile, la distrusse e fu così forte da contrapporsi presto all'imperiale. A questo risultato avevano però contribuito molte cause e molti avvenimenti storici: le compagne o associazioni formate per la reciproca difesa dagli uomini liberi; le corporazioni o ghilde professionali di origine germanica, sempre potenti nelle città, l'isolamento in cui trovaronsi le città fortificandosi, lo slancio commerciale degli Italiani, i ricordi romani, delle lotte fra vescovo e cittadini, finite colla vittoria di questi, la controversia delle investiture fra papi e impero nella quale questo ultimo volle sollevare i cittadini contro i papi e i vescovi aderenti alla causa papale, e colmò i ribelli di favori, i privilegi degli imperatori ai cittadini, l'esempio di Milano, ecc. E la molteplicità di queste cause riflettesi ancora nella costituzione del comune che alla sua origine non ebbe ovunque gli stessi caratteri.

In conformità a quest'evoluzione storica negli ordinamenti del comune distinguonsi diverse forme od epoche. Nella prima è il vescovo che investe dell'amministrazione della città una commissione di uomini eletti dal comune (Pawinski); in questo periodo i cittadini non chiedono che personale sicurezza, libero godimento dei beni comunali e propria giurisdizione. Solo dopo Enrico IV i cittadini furono riconosciuti come una corporazione in forma di comune, ebbero rappresentanze (consoli) elette a periodi fissi e con privilegi (Handloike). I consoli non provvedevano che agli affari correnti, specie al mantenimento della pace interna, rispondendo essi per le vendette del privato e del comune. Nella seconda il comune proclama la sua autonomia; i consoli del comune si separano dai consoli treguani ai quali resta amministrare la giustizia, mentre quelli dirigono la cosa pubblica; si rompe il concerto coi vescovi; l'autorità consolare è riconosciuta dall'imperatore finchè quella riconobbe il diritto eminente di questo (Schupfer). Nella terza l'autonomia di fatto è sancita col trattato di Costanza. Le città acquistano posizione di liberi ordini imperiali, accanto ai principi, assimilate nel diritto e nel fatto ai grandi vassalli della corona, senza però prestare i servizi feudali, ed allora costituisconsi in perfetta libertà repubblicana. I consoli sono sostituiti ai conti, con questa differenza che mentre i conti rappresentavano il re presso i liberi del comitato, i consoli viceversa rappresentano questi presso il re (Schupfer), Nella quarta avviene una rivoluzione interna: il potere del popolo passa alle corporazioni di arti e mestieri, ai partiti dei plebei a cui lo disputano i nobili; si

sostituisce ai consoli un potere unico (potestà) che poi si trasmuta in signoria ereditaria e soffoca il comune libero.

124 (*). Così si sviluppò il comune nell'Italia settentrionale e centrale. Nel mezzodì esso ebbe altre origini e seguì un processo storico opposto a quello delle terre lombarde.

Verso il mille stanche delle lunghe oppressioni bizantine parecchie città, come Napoli, Amalfi, Bari, ecc. insorsero e si costituirono in libertà. Si diedero magistrature cittadine, elette dalle assemblee pubbliche. Quest'esempio fu imitato dalle città longobarde (come Benevento) e si estese anche alle terre e castella delle chiese; ma tale stato di cose che anticipava il comune lombardo, fu modificato dai Normanni che tolsero alle città l'autonomia, lasciando loro solo le consuetudini municipali, compresa quella della nomina dei magistrati. E così durarono finchè Federico II abolì questa consuetudine di eleggere i consoli e podestà che sostituì coi suoi camerarii, giustizieri e baiuli, ma nello stesso tempo riconobbe alle università personalità giuridica e diritto di assembrarsi due volte all'anno in curie regionali per trattare interessi comuni, accordò privilegi di pascolo, ammise i deputati delle città demaniali nelle curie generali, anche per avere un elemento di opposizione ai baroni e ai vescovi e perchè, le collette e imposte colpendo principalmente la borghesia, era politico sentire l'avviso delle città. Con questi provvedimenti il comune era riconosciuto come entità separata dal feudo ma con una libertà ristretta. Coi tristi tempi e la potenza dei baroni queste istituzioni decaddero; le curie generali andarono in disuso, le assemblee regionali furono vôlte dai re ai loro servizii; dagli Angioini le attribuzioni delle università furono ristrette e mantenute solo quelle vessatorie e di polizia, come l'elezione dei mastrogiurati che erano responsabili dei delitti avvenuti nel proprio territorio se gli autori erano ignoti o irreperibili. Nel sec. XIV per una serie di evoluzioni non bene chiarite i comuni arrivarono a intero se non compiuto organismo, coll'assemblea fonte del diritto municipale e col potere esecutivo derivante dall'assemblea stessa sotto il nome di reggimentori, deputati, sindaci eletti. Accanto ad essi, ma in altra sfera, stava il rappresentante degli interessi del sovrano sotto il nome di governatore, luogotenente, officiale, capitano. I comuni erano legati alla corona per il vincolo delle imposte e per quello della giustizia; al re dovevano pagare le collette; a lui dovevano chiedere giustizia se ne avevan bisogno. Quelle università non erano istituzioni amministrative fatte per meglio concentrare nelle mani del governo tutte le forze civili dello Stato; ma ognuna restava staccata ed isolata, e tenuta soggiogata soltanto dalla forza dei baroni, il vero legame politico del regno; e i baroni divennero presto la maggior minaccia alla libertà e alle franchigie delle università. Questi baroni che nel principio del secolo XV avevan condotto nelle loro mani l'autorità suprema, ebbero presto in loro balìa le università come feudi; e le angariarono, le esclu-

(*) **Bibliografia.** — Faraglia, *Il comune nell'Italia merid.*, 1883; Rinaldi, *Comune e prov. nella storia del dir. ital.*, 1881. Oltre Pecchia, Giannone, Grimaldi, ecc.

sero dai parlamenti, le sottoposero ad ogni arbitrio. Gli Aragonesi erano ricorsi, per provvedersi di denaro, all'espediente di vendere in feudo le città ai baroni; e d'allora incominciò per le università un'odissea di guai contro cui invano invocavano il rimedio di essere riprese nel demanio regio. Nè alcuna opposizione potevan fare o rimedio interno trovare giacchè, a parte la miseria, il reggimento di esse era oligarchico, di alcuni privilegiati ossia del ceto patrizio che aveva il potere e tutti i favori, schiacciava la borghesia e il ceto operaio; e propugnava servilmente la signoria baronale che ad esso era favorevole. Ma sotto i vicerè questi baroni loricati o borghesi non ebbero più riguardo nell'oppressione delle università, spogliavano gli abitanti, manomettevano i privilegi, vendevano le cariche, vietavano i matrimonii, obbligavano i cittadini a torre in affitto gabelle, dogane, forni, li costringevano ad andare ai soli molini baronali, vietavano tenere osterie, impedivano la vendita di derrate, ecc. A salvarli da questi mali volle provvedere Carlo V accordando ai comuni di ricomprarsi dalla servitù, ma questo provvedimento fu l'ultima loro rovina. Molti ricorrevano all'espediente di *proclamare al demanio regio,* ed impegnarono tutte le gabelle e sostanze comunali e private per trovarne i mezzi. Si richiedevano somme enormi (Amalfi pagò nel 1699 ducati 216 mila). Spesso i particolari cittadini ripartivansi sulle loro proprietà il debito, o ritenendo la loro libertà per metà, infeudavano una parte di loro stessi, perchè avendo molti casali e borghi, erano questi riguardati come dipendenze del comune principale, il quale per sostenere sè stesso sacrificava la sorte di queste parti della stessa popolazione. Non avendo come pagare questi debiti, si trovarono gettati in un'irreparabile rovina e furono sospinti alla necessità di implorare un barone che li ripigliasse nel suo dominio, pagando tutto o parte dei debiti che avevano per questo oggetto contratto. Quelli che godettero del frutto dei loro sacrifizii, furono poi ignominiosamente traditi dai vicerè che, come videro che la vendita delle città demaniali offriva al fisco una speculazione più utile della fede e osservanza del contratto, fecero approvare nel 1630 un progetto di rivenderle per causa pubblica e fecero sentenziare dai giuristi napoletani (Galeota) potere il sovrano far tutto quello che volesse al di sopra del diritto, contro del diritto, fuori del diritto. Alcune delle infelici città si riscattarono con rovinosissimi sacrifizii e sperarono sfuggire al vile traffico facendo inserire nel contratto le *ingiuste cautele,* mercè delle quali era permessa loro la ribellione laddove il fisco fosse sleale a rivenderle. Ma i governi non esitarono nemmeno allora a rompere la fede e rivendere le città, alcune delle quali respinsero a mano armata i feudatarii: le altre stremate di mezzi si limitavano a chiedere che almeno fossero vendute a un signore *più pio e cristiano;* e se potevano, aiutavano qualche signore di buona fama a comprarle perchè le salvasse da altro usuraio concorrente alla vendita. Il governo borbonico agevolò i riscatti, prestò denaro, favorì i litigi dei comuni contro i baroni per frenarne gli abusi o rivendicare diritti usurpati e cercò rovinarli colle liti. L'ultimo comune che si proclamò al demanio fu nel 1802: quattro anni dopo coll'abolizione del feudalismo, tutte le città ritornarono libere.

125. Nei comuni la sovranità risiedeva nel popolo, parola che andò sempre più restringendosi nella comprensione, perchè col tempo non abbracciò che i capi di famiglia, i soli che riputavansi cittadini statuali; gli altri erano cittadini rispetto alla plebe rustica ma senza diritti politici. I consigli non erano costituiti sulle basi della popolare elezione nè mai raggiunsero le idee del governo rappresentativo. Il comune fu una democrazia più di nome che di fatto (eccetto che per le autonomie locali), perchè gli abitanti non erano tutti cittadini *pleno jure*, ma dividevansi in molte categorie (grandi, magnati, servi, chierici, ligii), e la cittadinanza era condizionata alla religione, al censo, all'iscrizione in un'arte. Era piuttosto un'oligarchia assottigliata ancora dalle proscrizioni, dalle *ammonizioni*, dalle *serrate del gran Consiglio*, dagli *Ordinamenti di giustizia*. Il comune non conosceva la libertà che pel partito dominante: e fu gran danno al suo svolgimento la mancanza della libera discussione e manifestazione di tutte le libertà; dal chè i governi municipali non furono amati dai governati, che, anzi quando il tiranno sorse nella città, l'accolsero a guisa di liberatore.

I cittadini esclusi dal governo e compressi si schierarono in tante fazioni e provocarono le guerre civili: sentendo il bisogno di garentirsi personalmente si aggrupparono in arti, in sestieri, regioni o vicinìe. Queste antiche divisioni locali, che davano alle città somiglianza di accampamenti, invece di servire all'amministrazione locale, alla sicurezza pubblica, divennero quadri di uomini armati per la resistenza ai governanti.

Il comune riprodusse nelle sue istituzioni il carattere sociale che presentano tutti i governi medioevali, cioè la grande missione etica ed economica affidata allo Stato; esso fu il mediatore fra produttori e consumatori, imponendo le mete, regolò la produzione secondo la richiesta stabilendo l'estensione delle terre da coltivarsi; incettò i grani per tener bassi i prezzi; difese la produzione cittadina con forti dazi di importazione, limitò l'esportazione, cercò il risparmio e l'accumulo della ricchezza colle leggi suntuarie (1).

---

(1) Sull'economia politica dei Comuni oltre Muratori vedi Cibrario, *Econ. pol. del m. e.*, III, c. 1 e 2; D'Arco, *Economia polit. di Mantova al tempo in cui si reggeva a Comune*, 1842; Sacchi D. e G., *Condiz. econom. e politica degli Italiani nei bassi tempi*, 2 vol., 1829; Pignotti, in append. alla *Stor. di Toscana*. Firenze fu anche in certi momenti liberista come dimostrò Pöhlmann, *Die Wirthschafts politik der Florentiner Renaissance und das Princip. der Verkehrsfreiheit*, 1878. Cfr. Toniolo, *Fattori d. potenza econ. di Fir.*, 1882.

CAPO X.

LO STATO MEDIEVALE — DOTTRINE POLITICHE (*).

126. Due grandi forze, il cristianesimo e i Germani, modificarono il concetto dello Stato onnipotente greco-romano, la cui missione era il bene pubblico e la felicità terrena. Il cristianesimo, dichiarando la vita morale e religiosa essenzialmente indipendente dallo Stato e proclamando il dualismo delle potestà, si rivelò non più come una delle istituzioni dello Stato, ma come una vera limitazione di esso, il quale restando comunione giuridica e politica non fu più comunione religiosa. Lo Stato veniva in tal modo subordinato alla Chiesa, da cui riceveva una missione etica, quella di realizzare la pace e la giustizia e di condurre gli uomini alla felicità eterna e di organizzare la società secondo le dottrine cristiane. Il suo tipo era stato tracciato da S. Agostino e da S. Tomaso, e rianimato dall'Alighieri, da Egidio Colonna († 1316 *de regimine principum*), ecc.

L'opposizione fra questo stato *etico* e quello *politico* dell'antichità fu ancora accentuata dai Germani, che ostili all'assolutismo dello Stato soffiarono negli organismi politici lo spirito di libertà delle persone e dell'associazione. Pei Germani anzi tutto sta la libertà individuale, che lo Stato deve proteggere e che si deve difendere anche contro lo Stato; nessun assolutismo quindi, ma rispetto dell'individualismo. L'unità era debole, ma l'indipendenza era forte. Tale mancanza di un concetto di stato eguale a quello di Roma fu causa che si potesse così facilmente dalla monarchia franca in avanti sostituire all' individualismo che portava alla disaggregazione, il potere personale del re, e affermare invece dell'assolutismo di stato e dell'organizzazione del diritto pubblico l'assolutismo di un individuo, del re. Dal momento che presso i Germani la potestà regia non traeva sua forza dal diritto divino nè dalla sua missione sociale, ma solo dalla situazione individuale di chi ne era investito e mutava significato secondo le azioni e il carattere di ognuno di quei re, siccome essa non era una potestà

(*) **Bibliografia.** — Bezold, *Lehre v. Volkssouveränetät im M. A. Sybel's Hist. Zeits.*, XVIII, 1876; Gierke, *J. Althusius u. d. Entwick. d. naturrechtl. Staatstheorien*, 1880; Frank, *Réformateurs et publicistes de l'Europe*, 1864; Mohl, *Gesch. u. literat. d. Staatswiss.*, III, 1858; Carrière, *Philos. Weltanschauung d. Reformationszeit*, 1847, c. 4, 5-9; Cavalli, *Scienza pol. in Italia. Mem. d. Istit. Veneto*, XI e segg., 1865-81; Ferrari, *Corso degli scrittori politici italiani*, 1862; Chiapelli, *Idee politiche di Bartolo*, *Arch. giur.*, XXVII; e **Riezler, Friedberg, Scaduto, Labanca**, op. citate, § 121.

pubblica, una magistratura nel cuore della società, ma una potestà personale, una forza al cospetto di altre forze che aveva bisogno di grandi ricchezze e aiuto di uomini per trionfare di queste forze (Manzoni), — come questa potestà trionfò colla forza e confiscò le libertà altrui a suo vantaggio, il diritto personale era fondato, la sovranità poteva essere riguardata come un bene di famiglia, una proprietà ereditaria, e i doveri pubblici come servitù reali, e scopo dello stato poteva essere dichiarato non più il bene pubblico, ma l'individuale. Per questo processo tutte le istituzioni germaniche si mischiarono con elementi di diritto privato: ed in esso il feudalismo trova la sua spiegazione.

Però gli elementi romani che si erano mantenuti nella Chiesa e nella popolazione, che si erano insinuati lievemente e quasi soltanto platonicamente nelle monarchie visigota e longobarda, le due che, pei forti contatti coi Romani, più si accostarono al concetto latino dando allo Stato un po' di carattere pubblico (Schupfer), — non tardarono, associati agli elementi cristiani, ad aver vittoria sopra questi principii personali e a sottrarre lo Stato alla cerchia degli interessi individuali per farne una potestà sociale e l'incarnazione della volontà generale che sola ha diritto di governare la società. Questo risultato fu ottenuto colla ristaurazione del Sacro Romano Impero che ebbe carattere e scopo pubblico, il bene generale, unito all'onore del re e dell'impero e fu una magistratura sociale avente la missione di far regnare la legge divina, di guisa che mentre l'individualismo germanico svolgeva le sue conseguenze nelle istituzioni feudali, lo stato teocratico veniva a rappresentare la realizzazione del bene e del diritto, a compiere una funzione etica e non solo di polizia. Esso ebbe i suoi teorici che lo dissero effettuazione del regno divino, creazione di Dio; e che nella consacrazione papale vedevano una solenne delegazione data all'imperatore di essere il rappresentante di Dio negli affari temporali.

Ma anche queste dottrine non tennero lungo e incontestato dominio; poichè la scienza giuridica e politica appena sorta cercò una base filosofica allo Stato fuori della teocrazia e la trovò nell'istinto naturale o nel contratto sociale, da cui derivò le dottrine della sovranità popolare e della rappresentanza, ed assegnò al volere divino la parte di causa remota (Marsilio da Padova). Non negavasi che il potere venga da Dio, ma si correggevano le conseguenze di tal principio aggiungendo che la comunità riceve da lui la capacità e il diritto di darsi un sovrano partecipe della sanzione divina.

L'idea di un patto, quale base giuridica dello Stato, si diffuse nei sec. XII e XIII, fu professata dai Glossatori che sostenevano l'imperiale autorità ereditata dai Cesari romani poggiare sopra la

cessione un dì effettuata dal popolo per mezzo della *lex regia*; fu propugnata dagli imperialisti per invalidare le pretese papali, allegando che il papa obbediva sempre all'elezione popolare (Marsilio da Padova, Nicolò da Cusa). Alla fine del sec. XIII era omai assioma che la base di ogni forma politica era il *pactum subiectionis*, la *voluntaria concordantia subiectionalis*, in guisa che il popolo aveva diritto di scegliersi chi voleva; e quindi la preferenza data alla monarchia elettiva, come la più conforme al diritto divino e naturale. Soltanto non si era di accordo se questo patto implicava un'alienazione definitiva e irretrattabile da parte del popolo, oppure una semplice concessione di uso non di sostanza; disaccordo grave e origine di due dottrine, una di assolutismo pieno, l'altra di un radicalismo democratico; per quella gli uomini associati volontariamente e in virtù di un contratto avrebbero rinunziato tutta la loro naturale indipendenza; per la seconda soltanto una parte; cosicchè mentre per l'una il sovrano avrebbe ricevuto poteri illimitati, per l'altra li avrebbe condizionati. Questi teorici erano indifferenti sulle forme di governo, dicendo tutte buone quelle non rette dall'arbitrio ma dalla legge; però preferivano la monarchia, e ad istruzione del monarca formularono i loro precetti, ricordandogli come per lo Stato il diritto non è mezzo ma scopo, e come alla sua azione il diritto naturale abbia segnato confini che non possono sorpassarsi. Apparve perciò come un'ardita novità, anzi mostruosa iniquità la dottrina di Machiavelli (Tomassini, Villari) che dispensava il principe di attenersi alla legge morale e al diritto di natura per realizzare il bene pubblico. Lo Stato etico, di diritto che avevano vagheggiato i politici del medio evo, era negato dal politico del rinascimento.

Le idee però di questi politici non sorpassarono i confini di un circolo ristretto di pensatori e uomini di Stato; la loro influenza se aiutò alla dissoluzione del mondo feudale e alla preparazione dello Stato moderno, non fondò alcuna forma nuova politica.

CAPO XI.

IL DIRITTO PUBBLICO DEI DOMINII STRANIERI (*).

127. Le istituzioni politiche sorte sulle rovine del sistema feudale produssero naturalmente l'aumento del potere regio, la cu-

(*) **Bibliografia.** — Guizot, Heeren, Raumer, Cantù, *Storia di cento anni 1750-1850;* Botta; Ricotti, *St. d. monarchia piemontese;* Villari, Perrens, Zobi (per la Toscana); Ranke, *Fürsten u. Völker von Sudeuropa im 16 u. 17*, *J.* 1878, 4ª ed.; Laurent, *Études*, VII, 1865; Gneist, *Englische Verfassungsgesch.*, 1882, p. 408-460; Taine,

forza posava sulle stesse basi delle signorie feudali. I re avevano ereditato tutte le prerogative dei signori feudali, per rapporto alle terre e agli abitanti e consideravano il territorio dello Stato come patrimonio di cui potevano disporre a talento. Era il concetto caratteristico della monarchia franca, dovuto alla conquista delle Gallie, che si era consolidato nel medio evo e si era propagato in tutta Europa (§ 110). Rivestì qualche volta delle forme liberali; si appoggiò apparentemente sul bene dello Stato, sugli interessi della nazione; ma esso era sempre medievale, sebbene lo si dicesse dispotismo illuminato in Francia, governo di polizia in Germania. Questo assolutismo trovava il suo appoggio nell'organizzazione sociale e in ispecie nell'aristocrazia feudale che formava una classe di nobiltà provvista di immensi privilegi, e nel clero provvisto di ogni genere di immunità. Esso non escludeva il terzo stato, cioè i commercianti, gli industriali, i dotti dalla direzione degli affari, ma l'accesso ai posti elevati era loro chiuso; e nessuna considerazione dava al quarto stato, alle popolazioni rurali, a spese delle quali il governo viveva e le classi superiori mantenevano il loro lusso e il loro far nulla. Attorno al trono non vi erano che nobili e vescovi, circondati da tutti gli onori: e cura del re era legare gli interessi di questi ai suoi. Sicuro del concorso e della sommissione di queste classi, egli poteva lavorare esclusivamente per la soddisfazione de' suoi desiderii personali e de' suoi interessi dinastici, che avevano il disopra su quelli di Stato. Davanti al monarca i sudditi non avevano diritti; la monarchia assoluta disponeva a suo talento della vita e dei beni loro; i diritti dei popoli non esistevano; qualsiasi misura arbitraria aveva la sua giustificazione nell'interesse del re che così voleva; qualunque legge, consuetudine, istituzione antica e sacra poteva cadere davanti al diritto regio. E così l'autonomia comunale, i privilegi delle città, i diritti dei parlamenti erano tutti alla mercè del re e assumevano l'aspetto di concessioni graziose di lui che le poteva togliere sempre. E la riforma non aveva reagito contro queste tendenze, ma anzi aveva loro dato una base teocratica, laddove prima non avevano che quella della forza. Essa, non concependo che un impero corporale-terrestre derivante immediatamente da Dio e destinato a una missione religiosa, aggravava l'assolutismo e il despotismo regio, assegnandogli anche il regno delle coscienze e fondando la peggiore delle tirannidi, quella religiosa, quando dichiarava che funzione dello Stato era anche imporre la fede religiosa.

Origines de la France, I, pag. 16 segg.; Tocqueville, *L'ancien régime*; Stahl, *Der Protestantismus als politisches Princip.*, 1883; Pertile, § 79-80; Sclopis, II, 327; Cosci, *Italia dur. le prepond.*, 1875.

128. In Inghilterra fu per la sistemazione del feudalismo che la monarchia riescì a dominare le forze centrifughe della società; in Francia fu approfittando delle rivalità fra comuni e dei conflitti fra la grande e la piccola nobiltà, che la monarchia affermò la sua supremazia; in Ispagna la corona si appoggiò sulle tendenze unitarie del popolo. Dopo il secolo XV la Francia e la Spagna diressero l'evoluzione che ebbe per risultato lo sviluppo delle istituzioni monarchiche e dello stato unitario moderno. Quest'evoluzione contrasta colle tradizioni imperiali e coll'intervento papale negli affari di Europa. L'Europa intiera, senza eccettuare l'Italia (che per gli avvenimenti politici e come terra di conquista non ebbe forme di governo indipendenti nè evoluzione autonoma di sistemi politici, e seguì ora la Francia ora la Spagna, secondo che l'una o l'altra vi predominava), nello stesso mentre che la sua disaggregazione sembrava obbedisse ai principii opposti, fu influita dall'esempio della monarchia francese; da essa copiaronsi gli statuti delle case regnanti, in quanto venivano a conservare l'integrità di territorio e la trasmissione del potere; da essa derivò il principio che le nazionalità sono basate sull'idea dell'unità monarchica assoluta, poi sulla nozione del territorio inseparabile da quest'unità; da essa l'organizzazione di eserciti regii, indipendenti dal vincolo feudale, rinforzata col sistema dei mercenarii che divennero parte integrante della monarchia quando si dichiararono permanenti le funzioni dei loro capi. In questi eserciti permanenti si rivelò la forza interna delle monarchie. Da essa derivarono i principii dell'unità delle forze militari, l'unità territoriale del potere civile supremo rappresentato dal diritto di legiferare, di giudicare: da essa il concetto gallicano dell'intervento o giurisdizionalismo negli affari ecclesiastici. Tutti questi concetti furono riprodotti nelle monarchie straniere che si insediarono in Italia e in quelle nazionali (Savoia, Estensi, Medici). Anche esse proclamano la massima dei legisti e re di Francia: *Si veut le roi, si veut la loi*, applicano a sè l'aforismo politico: *a Deo rex, a rege lex* (respinto invece in Inghilterra dove anche il re era sottoposto alla legge), derivando dal favore e beneplacito regio i diritti privati, il sovrano essendo sopra, contro e fuori del diritto, dichiarando il poter testare puro grazioso dono della civile sovrana potestà (a Napoli 1750), dando o togliendo la testamentifazione, legiferando e giudicando senza altra norma od osservanza di legge, ma con un « così vogliamo, tale è il nostro piacere », inframettendosi negli affari privati, sospendendo il corso della giustizia coi regii viglietti, creando tribunali speciali ed avocando le cause dai legittimi fori, dando efficacia ad atti invalidi ed annullando i validi, suggerendo ai giudici le sentenze e se resistevano punendoli, incarcerando senza processi (in Francia *lettres de cachet*), violando il segreto delle lettere (gabinetti neri), perchè il sovrano era il padrone della vita e dei beni dei sudditi, e il suo potere senza limiti e controllo presupponevasi sempre inteso ad attuare il bene pubblico (Pertile). Per quest'ordine di idee il diritto pubblico si confondeva in quello del sovrano e l'amministrazione dello Stato era tutta cosa sua; la funzione, l'ufficio non erano fatte per il pubblico ma pel sovrano, che nomina chi vuole e quindi vende anche gli impieghi se gli pare (come

si faceva a Venezia *ab antiquo* e in Italia sotto gli Spagnuoli). E a quest'ordine era pure connessa la politica economica, agraria, industriale, annonaria, che a regolamenti sottoponeva tutto, anche le minime cose.

Controllo non vi era realmente più, perchè gli antichi parlamenti non furono più convocati o pro forma riunivansi a ratificare e distribuire fra i contribuenti le somme avute dal re, col nome illusorio di donativi, o spogliati dei loro poteri furono mantenuti in piedi per dare ai nobili e ai comuni un'ombra di considerazione che quelli e questi compensavano con una esemplare docilità e prontezza nel secondare i desiderii del governo; e dove i senati (a Milano e Torino) avevano la facoltà di rifiutare la registrazione dei decreti sovrani, uso venuto di Francia, si videro i re, come quelli di Piemonte, nel sec. XVIII, attuare espedienti per far senza di questo controllo lesivo della potestà sovrana, e l'illuminato Giuseppe II abolire senz'altro il senato di Milano.

In questi governi scomparvero i popoli e la storia non fu fatta che dalle dinastie regnanti e piena dei fatti e dei voleri dei re. Gli stati si dividevano, si alienavano, si ereditavano come patrimonii privati: i popoli si spartivano come greggie; le nascite, i matrimonii, le successioni dei principi, il puntiglio del re, il capriccio delle sue amanti, la misteriosa diplomazia delle corti, l'intrigo dei ministri, ecco ciò che interessa l'annalista di questi tempi, ecco ciò da cui dipendevano i destini delle nazioni e specialmente dell'Italia.

CAPO XII.

ISTITUZIONI PARLAMENTARI IN ITALIA (*).

129. Per molte cause in parte politiche e sociali, in parte economiche nel secolo XIII un risveglio di plebe si fece sentire in tutta Italia, e un nuovo ceto, il terzo stato, ricco di denaro e di vita, vigoroso per industrie e commerci, prese posto accanto alla nobiltà laica ed al clero, anche in quei paesi dove non fondava il libero comune e dove invece esistevano monarchie feudali. Questo risorgimento sociale ebbe presto il suo contraccolpo nel campo politico, dove completo, dove parziale, perchè se questo ceto ot-

---

(*) **Bibliografia.** — Sclopis, *Considerazioni intorno alle antiche assemblee rappresentative del Piemonte* nei *Mon. hist. patr.*, XV *Comitiorum* ossia Atti di queste assemblee ed. da Bollati (t. XIV e XV dei Mon.); *Mem. dell'Accad. di Torino*, 1851; Dal Pozzo, *Anciennes assemblées nationales de la Savoye et du Piémont*, 1829; Burnier, *Hist. du Sénat de Savoye*, 1864; Mongitore, *Mem. istor. dei Parlam. di Sicilia*, 1749; *Parlamenti gen. dal 1446-1748*, 1749; Calisse, *Storia del Parlamento in Sicilia*, 1887; Cordaro-Clarenza, *Storia del dir. siculo*, 1840; Gregorio, *Introd. alla storia del diritto pub. sic.*, 1794; Dexart, *Capitula sive Acta curiarum Regni Sardiniae*, 2 vol., 1641; Foglietti, *Notizie intorno al parlamento della marca d'Ancona*, 1889; Giampicoli, *Parlamento e giurisd. della patria del Friuli*, 1781; Polcenico e Fanna, id., 1761; **Pertile, § 56, 71; Faraglia, *Il Comune* ecc., cit. al § 124.**

tenne nel comune la prevalenza, nelle monarchie ebbe una rappresentanza legale che i principi si affrettarono a dargli per contrapporla a quella dei nobili e per farsene un appoggio nelle lotte contro questi. Il terzo stato, ossia i comuni affrancati dal dominio signoriale e sottoposti alla diretta sovranità regia, fu chiamato, come i vassalli della corona, a fornire sussidii al principe e ammesso nell'esercizio di diritti politici, partecipando alle assemblee dove fin allora non erano intervenuti che i baroni e i prelati per dar pareri sui provvedimenti maggiori e determinare il concorso suo d'armi e denaro per la difesa del principe e dello Stato. Ottenute queste rappresentanze, gli antichi consigli dei *potentes* si trasformarono, si accrebbero, divennero, nel corso del secolo XIII-XIV, assemblee composte non soltanto più di elementi feudali ma anche di rappresentanti delle città. Così si ebbero in Italia i parlamenti del Friuli, Romagne, Napoli, Sicilia, gli stamenti di Sardegna, le congregazioni degli Stati nei dominii di Casa Savoia e dei marchesati di Saluzzo e Monferrato; e all'estero le Cortes spagnuole, il Parlamento inglese, gli Stati generali di Francia, il Congresso delle città anseatiche, il Thing svedese e norvegese, l'Hoff danese, le Diete boeme e ungheresi. Pel principio e la composizione, base giuridica di queste assemblee era il privilegio esteso dai nobili e dal clero ai deputati di alcune terre libere, privilegio che col tempo attraverso molte vicende si convertì in diritto dei cittadini di essere convocati dal re o periodicamente o in certe circostanze.

I parlamenti sono istituzione germanica (Freeman, Gneist, Stubbs). L'idea delle antiche assemblee dove convenivano i liberi e trattavano di tutto e nelle quali risiedeva la sovranità popolare, non andò interamente perduta nel medio evo, giacchè anche quando non furono più convocate, oppure fu mutata la loro composizione, non prendendo parte alle deliberazioni che i grandi, o i vassalli del re, il popolo interveniva *pro forma* o nei placiti o nei sinodi dove trattavasi di amministrazione, di disciplina o proponevansi riforme. Queste riunioni avevano mantenuto vivo il concetto del diritto del popolo, e quando le circostanze furono favorevoli, e i re ebbero bisogno del popolo, risorsero. Tutte però non sorsero nello stesso tempo e al principio ebbero forme svariate, caratteri non chiari, contorni non precisi, tanto che appena si possono riconoscere; e tutte si svilupparono indipendentemente le une dalle altre e con processi diversi. E poichè rappresentavano una conquista del diritto popolare sulle prerogative regie, così anche l'importanza e competenza loro variava secondo le vicende del potere sovrano. Questa fu prima indeterminata; generalmente limitata a fissare i donativi ossia i contributi che i singoli ceti o stati avrebbero pagato: qualche volta ingerivansi indirettamente in cose politiche e militari, nella

legislazione e amministrazione, sulle quali non deliberavano, ma chiedevano riforme, formulavano preghiere, alle quali il re, in ricompensa dei donativi, rispondeva con un *placet*. Anche il tempo di loro convocazione in principio non era stabilito; poi fu pattuito il massimo di intervallo fra due riunioni. E poichè questi parlamenti erano composti di tre ceti (nobili, clero, rappresentanti dei comuni liberi) detti bracci, rami, non sedevano uniti, ma ognuno teneva le sue proprie sedute. Ma in tutto ciò in Italia, da luogo a luogo, incontrasi la massima varietà; ogni parlamento ebbe i suoi costumi e le sue modalità; e di comune non ebbero che il principio da cui originano e che li informava. Queste assemblee non sono eguali ai Consigli dei cittadini che nei comuni italiani esercitavano la somma dei poteri e che furono mantenuti, almeno di nome, anche sotto le tirannidi, strumento di dispotismo dei nuovi cesari, e monumento di servilismo e docilità. I parlamenti presuppongono un re o un principe che è il depositario della sovranità e di cui limitano e controllano i poteri. Perciò queste istituzioni furono osteggiate aspramente dalle monarchie quando volsero all'assolutismo; dove le ridussero a vane parvenze, dove le lasciarono cadere, dove le avvilirono, asservendole, togliendo loro il coraggio dell'opposizione; ovunque le avviarono a morte: in Piemonte e Sicilia spesso non convocate, più spesso private dei loro diritti: in Sardegna e Stati della Chiesa ridotte a commissioni che distribuivano le imposte fra i contribuenti.

130. I primi veri parlamenti italiani sono quelli di Sicilia, creazione normanna e derivati dai Consigli normanni i quali in Sicilia non furono più composti soltanto dall'esercito, ma dai nobili feudatarii e anche dai sindaci eletti dai comuni e che rappresentavano gli indigeni (borghesi o rustici) ossia da quelli che furono poi il terzo stato, detto in seguito braccio demaniale. La serie dei parlamenti normanni (curie generali) comincia con quella di Aversa 1041, continua sotto gli Svevi, si arresta sotto gli Angioini, è ripresa sotto gli Aragonesi che da Federico II di Aragona (1295) li convocavano annualmente. Fino al principio del 1400 componevano il parlamento soltanto il braccio feudale detto anche militare o baronale in cui accoglievasi tutta la nobiltà laica posseditrice di feudi *in capite*, e non la nobiltà di titolo o di seconda mano — e il demaniale rappresentato dagli eletti o giurati delle università o terre appartenenti al demanio, al fisco o patrimonio del re, ma poi si aggiunse l'ecclesiastico rappresentante del clero e dei dipendenti dalle signorie ecclesiastiche, e ciò per opera degli Aragonesi che introdussero anche questa triplice ripartizione dei bracci in uso nelle assemblee di Aragona. Il re lo convocava (per lo più a Palermo) generalmente ogni triennio. Ognuno aveva il suo seggio e nella distribuzione si osservava una gerarchia; si poteva avere più voti se più erano i titoli pei quali sedevasi nel parlamento o se si avevano procure. Ogni braccio votava

da sè e le deliberazioni non erano valide se non approvate da tutti tre i bracci; ma pei regii donativi bastava l'approvazione di due e per le domande di grazie ogni braccio faceva da sè. Col tempo il diritto a sedere apparve piucchè un diritto un aggravio; si chiesero ed ebbersi esenzioni di intervenirvi; e queste implicavano esenzione dalle imposte che quel parlamento imponeva. — Questi parlamenti erano la base della costituzione sicula. Giuravano fedeltà al re, ma questi giurava pure rispettare i diritti dei tre ordini; erano i custodi dei privilegi nazionali, i curatori della prosperità economica. Sotto forma di preghiere sottoponevano proposte di riforme sulla giustizia, istruzione, legislazione, ecc., e coi donativi tenevano in freno la potestà regia e al re imponevano i loro voleri e strappavano concessioni che egli per consolarsi chiamava grazie. Per l'esecuzione di lor risoluzioni vegliava una deputazione nominata dal parlamento, amministratrice dei denari del donativo, tutrice dei diritti della nazione. I parlamenti siciliani hanno molte analogie cogli inglesi. L'ultima riunione del parlamento siculo colla forma aragonese dei tre bracci fu tenuta nel 1812. Ad esso successero le due Camere dei Pari e dei Comuni dalle costituzioni del 1812 foggiate all'inglese, che si riunirono solo nel 13 e 14. I Borboni l'abolirono di fatto non convocandolo più.

I parlamenti del Piemonte salgono alla metà del sec. XII. Al sec. XIV erano parte integrante della vita pubblica. Se ne avevano due specie: *Congregazioni generali* (rare dal 1393-1534) e le regionali (numerose in Savoia dal XII secolo al 1766, e in Piemonte dal 1286-1582, in Saluzzo sec. XIII-1699, in Moncalieri 1225-1500). Per lo più non vi partecipavano che i nobili o feudatarii, il consenso dei quali perchè possessori di grandi terre era necessario per stabilire imposte sui loro dipendenti; e saltuariamente e parzialmente gli ecclesiastici (che sempre furono invece esclusi dalle Saluzzesi insieme ai nobili essendo queste costituite di soli deputati del comune perchè gli ecclesiastici non contribuivano nelle imposte). Nella seconda metà del sec. XV i parlamenti generali comprendevano tutti tre gli ordini. Li convocava il re. I nobili intervenivano personalmente; le famiglie che formavano una consorteria, vi mandavano un procuratore: i prelati, i capitoli, i monasteri facevansi rappresentare. I comuni eleggevano in consiglio a sistema duplo un ambasciatore che riferiva la volontà degli elettori, presentava memoriali, qualche volta andava con mandato imperativo. Tutti i deputati erano inviolabili. Non sempre eguali furono i sistemi di votazione, per lo più si votava per corpo. In questioni di denaro discutevano tutti assieme ma la votazione facevasi distintamente per stato e per regione, ognuno appellandosi ai proprii interessi e franchigie. Avvenuto l'accordo col principe, clero e nobili si addossavano il pagamento di metà, e l'altra imponevano ai comuni. Nel sec. XVI questi stati nominavano commissioni permanenti che prendevano parte al governo del paese. Emanuel Filiberto cessò di radunarli perchè contrariavano le sue idee di riforme tributarie. I suoi successori quando avevano rovinate le finanze, chiamavano i rappresentanti dei comuni perchè fornissero i rimedii.

Di importazione spagnuola sono gli Stamenti sardi ordinati definitiva-

mente da re Alfonso nel 1421. Costituivanli i soliti tre bracci. Tenevansi ogni 10 anni a Cagliari; ma ogni braccio poteva anche radunarsi da sè e convocare gli altri due: e le deliberazioni qui prese erano sottoposte all'approvazione regia. L'ultimo fu tenuto nel 1699. Nel 1708 vi si sostituì uno *stamento reale*, simulacro di nazionale rappresentanza, composto dai feudatarii che erano la maggioranza e dai magistrati delle sette città demaniali, cinque per ognuna estratti a sorte. Il Piemonte non lo convocò però che due volte, nel 1740-1748 e solo per farsi offrire il donativo ordinario, perchè non solo non rappresentava la cittadinanza, ma per la prevalenza degli elementi feudali era impaccio a tutte le riforme tentate dal governo.

Napoli ebbe parlamento a cui partecipavano solo patrizii e popolani: durò fino al 1642, e gli successero i seggi dei nobili ossia riunione dei nobili cittadini, secondo i diversi consorzii in cui erano distribuiti, e le platee o piazze dei popolari, i cui rappresentanti amministravano cogli eletti dei sedili le università. Così anche Salerno nella fine del sec. XVI (Abignente, *I seggi dei nobili e la platea dei populari di Salerno*, 1886).

Nelle città di Romagna trovansi parlamenti nei sec. XIII e XIV (1288, 1291 a Forlì; Fantuzzi, III, 143, 181; Spreti, *Notizie sulla scuola dei pescatori*, 1820, I, 144). Erano riunioni di sindaci, deputati, officialità e magistrati cittadini, di vescovi e baroni riuniti sotto il Rettore, tenute ora annualmente ora no. Vi si votavano e si ripartivano le imposte, promulgavansi le leggi, vi si giurava fedeltà al papa, si chiedevano le grazie. Trasformati, esistevano anche al principio di questo secolo per ripartire ogni 3 anni le imposte fra i contribuenti. — I parlamenti (*colloquium generale*) della Marca d'Ancona vanno dal 1170 al 1752. Vi prendevan parte il clero (vescovi ed abbati) i nobili feudatarii e i consoli o gli oratori pei comuni. Dopo il sec. XVI gli inviati delle città si chiamarono deputati e il *colloquium* si disse congregazione provinciale, che era convocata dal Rettore o dal Comissario papale speciale; ad eseguire le sue deliberazioni vi attendeva una deputazione permanente *ad negotia*. In principio erano questi parlamenti intesi alla difesa contro le invasioni imperiali e papali nelle consuetudini e libertà cittadine: poi divennero consulenti nelle materie di governo, nelle costituzioni generali, deliberavano pei donativi, assumevan le spese, ripartivan le imposte, nominavano gli impiegati.

Nella patria del Friuli si avevano i colloquii o malli tenuti sotto la presidenza del patriarca d'Aquileia, composti di grandi ecclesiastici, castellani, ministeriali del patriarca, nunci delle comunità. Vi trattavano di pace, di guerra, di imposte, di prestazioni militari; facevano le leggi e nominavano una commissione permanente che governava assieme al patriarca. La repubblica veneta li mantenne: durarono fino al secolo XVIII con sede a Udine dove annualmente erano convocati.

Aggiungiamo gli Stati di Aosta che durano fino al 1766, quelli di Monferrato, il Consiglio vitaliziò dei 200 e il Senato vitalizio dei 48 a Firenze sotto i Medici, e quello di Milano che scomparve sotto Giuseppe II.

CAPO XIII.

FINE DEL FEUDALISMO IN ITALIA (*).

131. In Italia il feudo non scomparve uniformemente, nello stesso tempo e per le stesse cause; anzi fra regione e regione notansi le maggiori differenze. Difatti nell'Alta Italia il libero comune sorge tutto a pregiudizio delle istituzioni feudali. I cittadini non solo obbligarono i signori che avevano castella e feudi nei dintorni delle città di sottomettersi ed entrare nel comune senza distinzione di sorta, ma li spogliarono di ogni diritto di sovranità e di giurisdizione. I più fortunati poterono ridursi sui monti e là esercitare ancora i loro diritti, ma finirono per riconoscere la supremazia del comune, demolire le rocche e andare ad abitare in città. Il fondarsi delle signorie fece però rivivere la mala pianta, perchè i tiranni assicuratisi nelle città riconobbero i loro stati in feudo dall'imperatore e ottennero da questo nuove concessioni di feudi i quali sopravissero alla dominazione dei tiranni sulle città.

Nell'Italia meridionale invece il feudo si era acclimatizzato. I re normanni ne avevano in Sicilia creata una grande quantità in appannaggio dei loro conti, capi di milizie e vescovi; e le città, le castella, le terre destinate agli usi pubblici, i beni dei ribelli, tutto convertirono in feudi che regolarono colle leggi franche (diverse da quelle che vigevano in Lombardia) e con altre fatte da Ruggero contenute nei libri detti *defetari* (abbreviazione di *de feudatariis*) che stabilirono le distinzioni dei feudi, le prestazioni feudali, le formole dei giuramenti, ecc. Questa feudalità contrastava alle idee politiche, centralizzatrici di Federico II, che la combattè, la spogliò della giurisdizione criminale e di altri privilegi; ma la sua politica fu abbandonata dagli Angioini e dagli Aragonesi che anzi moltiplicarono i signori feudali, resero comuni i titoli di duchi, principi, conti, infeudarono un gran numero di città libere e

(*) **Bibliografia.** — Santamaria, *I feudi, il dir. feud. e la loro storia nell'Italia merid.*, 1881; Orlando e Dragonetti, cit. § 115; Di Gregorio, *Consid. sulla storia di Sicilia*, 1816; Palmeri, *Saggio storico e politico sulle costit. di Sicilia fino al 1816*, 1847; Lombardi, *I possessi plebei*, 1883; Basevi, *Sciogliim. dei feudi nella Repub. Cisalpina*, 1844; Poggi, Weanspeare, Ciccaglione, cit. a § 115, 119; Sartori, *Storia, legislaz. e stato attuale dei feudi nel Lombardo-Veneto*, 1857; Bianchini, *Storia econom. civile di Sicilia*, 1843, I, 115-152, II, 89-100; Laurent, *La féodalité et l'Église*, 495-545; Salvioli, *Storia dell'immun.*, 287-323; Pertile, § 49, 57, 73.

mutando la costituzione dei feudi in pregiudizio della regalìa, abdicarono in favore dei baroni ai diritti giurisdizionali. Il governo vicereale infeudò tutte le città demaniali e le rendite pubbliche che non erano vendute od appaltate a speculatori, accrebbe le prerogative baronali, barattò a denaro i titoli nobiliari che soddisfacevano la vanità spagnolesca di chi non poteva che acquistare l'apparenza della feudalità. Per opera di esso governo il delirio feudale si spinse al punto da giudicare ogni professione o arte liberale derogatoria della nobiltà e solo fu fatta eccezione parziale per la milizia e la giurisprudenza (§ 150) che godevano di considerazione secondo il vivere pomposo di chi le esercitava. La società civile fu da ciò imbarazzata da una quantità di piccole distinzioni; e così si abbassò il sentimento della dignità personale da parte dei *borghesi* i quali per avvicinarsi alle classi superiori dovevano incensarle con titoli vanitosissimi e mostrando sommissione servile. Carlo V aveva cercato a Napoli nel 1535 restringere la feudalità, abolendone i privilegi di esclusivo commercio dei grani, il mero e il misto impero, ripristinando le università ne' loro diritti, agevolando l'affrancazione dei comuni dai baroni per accrescere i demaniali. I vicerè di Napoli tentarono qualche cosa contro la prepotenza baronale, conferendo maggiore autorità ai tribunali, irretendo i baroni nelle forme giudiziarie tra una moltitudine di leggi (§ 94), chiamandoli alla capitale, come aveva insegnato Luigi XIV, ma in cambio chiudendo gli occhi se opprimevano i vassalli. Nel 1734 vi erano nel regno di Napoli 2226 terre feudali, e 59 demaniali; nel 1786 le prime erano 1881, le seconde 384; tre milioni e mezzo di abitanti erano soggetti ai baroni nel 1808, la metà del regno era posseduta dai grandi di Spagna. La loro giustizia era amministrata in tal modo che le popolazioni stimavano infami i giudici feudali; la loro milizia era composta dei peggiori briganti. Le gravezze salivano a una cifra enorme; la commissione feudale incaricata di sciogliere i diritti feudali al principio di questo secolo ne trovò 1500, con nomi strani, e toccavano tutto, le persone, le cose, gli atti, i contratti, i prodotti, i lavori dell'uomo, i monopolii, i privilegi; percepivano decime, avevano il monopolio delle miniere, saline, molini, forni, taverne, caccia, pesca; avevano il diritto di vendere agli osti il loro vino e l'olio al prezzo che essi fissavano; riscotevano tributi per tener galline, pecore, per piantar alberi. Gli abitanti dovevan mangiare gli animali del signore morti per malattia, fare i corrieri, somministrare al barone gli animali per la coltura, offrirgli i generi prima di venderli; solo nel 1759 ebbero facoltà di vendere liberamente i prodotti, prestare giornate di lavoro. In Calabria i baroni avevano il monopolio del grano, olio, sete e lane. Nel XV sec. esisteva ancora il *jus foeminarum*,

jus primae noctis (§ 161), i diritti *di affida* (in prov. d'Otranto), commutato poi in denaro, ma trasferito coi contratti posteriori di vendita sino al sec. XIX, nascosto sotto altri nomi. E inoltre assegnamenti ai cani, alle favorite del signore, ed altre contribuzioni quando il signore si sposava o diveniva padre e quando doveva maritare o monacare una figlia (Weanspeare).

Solo i Borboni, facendo di Napoli uno stato autonomo e indipendente, essi che professavano l'assolutismo e l'onnipotenza regia, cercarono allargare i poteri del principe restringendo quelli del clero e dei feudatarii. Carlo III consigliato da Tanucci attaccò le giustizie feudali, principale strumento della tirannide baronale, abolì molte servitù personali, chiamò alla corte i baroni per rovinarli col lusso. Altre riforme borboniche ispirate dalla rivoluzione filosofica che correva l'Europa, spinte dalla parola degli economisti (Galiani, Galanti, Melchiorre Delfico) piucchè dalla voce del popolo, abolirono i pedaggi, limitarono i diritti baronali sulle terre comunali, ecc. Ma solo la dominazione francese con leggi del 1799, 1806, 1809 abolì a Napoli il feudalismo, che però come una mala pianta si perpetuò nei costumi e in altre capitazioni, censi, diritti, che rappresentavano abusivamente gli antichi oneri feudali.

L'abolizione non stava tanto nel proclamarla, quanto nel disporre che dalla sua caduta non venissero gravi rovine o che frammischiando il privato interesse opposizioni e raggiri indiretti, non avesse l'abolizione a ritardarsi o a effettuarsi male. Si avevano due vie aperte innanti. O enumerare quello che si intendeva abolito, come si era fatto in Francia, o lasciare al magistrato di dichiarare quello che era contrario tanto alle leggi feudali antiche quanto al nuovo diritto, sistema più pericoloso perchè i tribunali non avrebbersi addossato tale responsabilità. La legge 2 agosto 1806, preferì il secondo sistema e disse con parole generali abolita la feudalità, sicchè tutti i proventi e i diritti annessi tornavano alla sovranità; e disse che inoltre tutte le rendite e i beni, fondi feudali erano soggetti ai tributi e tutte le città, castella e borghi erano regolati dal diritto comune. Ma nel tempo stesso con distinzioni distruggeva il principio disponendo rispettarsi come proprietà libera tutti i diritti, rendite, prestazioni, senza distinguere ciò che fosse abusivo, o usurpato, o dannoso all'agricoltura o al commercio. Furono aboliti i diritti proibitivi senza compenso, che viceversa fu dato a chi mostrava o concessione onerosa, o compra fatta dal fisco, o sentenza, nonchè a quelli che avevano la feudalità degli ufficii, delle dogane e di altri dazi. Completamente abolivansi i diritti angarici e tutte le prestazioni personali e i suffeudi, ma le prestazioni e le rendite che i suffeudatarii pagavano al feudatario principale furono conservate colle qualità di censi *riserbativi* da potersi riscattare in denaro. Insomma nulla mutavasi alla condizione della feudalità nè risolvevansi i litigi esistenti; ai comuni addossavansi pesi e compensi verso dei feudatari ai quali succedevano; i cittadini restavano gravati come per l'innanzi e si lasciavano vie per sostenere

e per far passare per reali le prestazioni che erano personali. Per scemare questi inconvenienti provvidesi istituendo commissioni e speciali magistrature (1806-1809) che per via di fatti piucchè per legge attuarono l'abolizione della feudalità, favorendo i comuni, sopprimendo abusi e diritti non provati, abolendo tutti i diritti sulle persone, le privative, gli aggravi e servitù sulle terre, sulle acque, raccomandando la conversione di altri diritti o prestazioni (quinte, settime, decime) in canoni su denaro (attuata nel 1808, 1810).

In Sicilia nel 1770 vi erano 282 comuni feudali e 83 demaniali. I feudi siciliani non erano soggetti a riversibilità in favore del re, se non vi erano eredi e quindi la feudalità era eterna. I provvedimenti che contro essa prese Carlo III non furono eseguiti, ostacolati da chi aveva interresse a perpetuare gli abusi. Tanucci riescì a far smettere alla nobiltà feudale alcuni eccessi ed arbitrii; ma solo col vicerè Caracciolo (1781-1786) fu scosso in Sicilia violentemente l'ordinamento feudale e introdottovi un raggio dello spirito moderno (La Lumia); fu sotto di lui abolita la servitù di persona o di gleba. Ogni riforma si arrestò al battere alle porte della vecchia Europa della rivoluzione francese dei cui effetti nulla sentì la Sicilia che più di ogni regione italiana avrebbe avuto bisogno che la tempesta penetrasse fino agli abissi. Fu solo il Parlamento del 10 e la Costituzione del 1812 che disse « non si avranno più feudi in Sicilia e tutte le terre si possederanno in allodio » e abolì le angarie e le perangarie, i diritti baronali proibitivi e privativi e dichiarò i comuni e i privati « nella libera facoltà di erigere e usare molini, trappeti, fondachi, forni, taverne ». Però questa abolizione non si era fatta che colla bocca non col cuore, e malgrado gli ordini perentorii che venivano da Napoli, cavillando sui termini vaghi dell'abolizione, ciò che dava vantaggio ai nobili si manteneva in vigore. Si autorizzavano le popolazioni a riscattarsi ma a prezzi carissimi ed impossibili: onde il feudalismo durava ancora nel 1838 quando Ferdinando II cercò attuare la vera abolizione, e anche tre anni dopo non era scomparsa la pretesa dei baroni di vendere in monopolio le derrate.

Nel Piemonte anche nel sec. XVII eranvi molti feudi imperiali minori, avanzi di antiche contee o signorie private od ecclesiastiche. Vittorio Amedeo II e Carlo Emanuele III lottarono contro la feudalità, prosciogliendo i vassalli della corona che si volevano riscattare, autorizzando lo svincolo dai doveri feudali ed enfiteutici dei fondi di Savoia; finchè nel 1797 Carlo Emanuele IV sciolse tutte le terre dai vincoli feudali, e abolì le giustizie signoriali. Non riescì però ad attuare questi provvedimenti poichè cacciato dalle armi francesi.

In Sardegna invece alla fine del sec. XVIII il feudalismo era fiorente. Solo sette città dipendevano direttamente dal principe. Il resto distribuivasi in 370 feudi di cui 188 appartenevano a spagnuoli, amministrati da *creadi* o servitori ignoranti che vivevano di concussioni e malversazioni. Alcune riforme tentaronsi nella seconda metà del sec. XVIII dal vicerè, conte di Bogino, che mutò in ufficio di utile pubblico le servitù personali dei contadini e frenò gli abusi dei feudatari (Manno, Carutti). La Sardegna conservò a lungo la piaga del feudalismo che non fu guarita

che da Carlo Alberto con una serie di leggi dal 1832 al 1840 e col riscatto dei diritti dei signori feudali.

Firenze aveva, nel periodo repubblicano, abolito i feudi, le servitù personali e tutti gli oneri feudali; ma per eludere queste disposizioni molti feudi si erano trasformati in enfiteusi. I Medici favorirono il ristabilirsi del feudalismo e delle giustizie feudali e crearono una nuova aristocrazia feudale che durò fino a Francesco II di Lorena, che il 15 maggio 1749 ridusse il potere politico dei feudatari, volle rispettate le franchigie delle popolazioni, riservò a sè la podestà legislativa, la direzione delle truppe e tutte le regalìe maggiori e minori, come imposte, gabelle, miniere, ecc. Pietro Leopoldo (1765-1790) soppresse ancora molti diritti feudali e le banalità, e avviò la Toscana sulla via dell'emancipazione delle terre e della soppressione dei feudi la quale non fu completamente realizzata che nel 1808. In quest'anno pure, per opera cioè delle leggi francesi, cadde per sempre la feudalità negli Stati della Chiesa, dove poi la reazione del 1815 tentò far risorgere questa istituzione condannata; Pio VII reduce a Roma investì i baroni dei diritti giurisdizionali; ma i tempi erano mutati e le leggi francesi finirono per prevalere e restare.

Leggi contro i privilegi dei feudatari erano state pubblicate nel 1771 a Modena; si era soppresso il diritto di metter taglie, imporre collette, giudicare le cause criminali, cosicchè l'occupazione francese non trovò qui che l'ombra del feudalismo. Maria Teresa e Giuseppe II furono i veri estirpatori del feudalismo in Lombardia. La completa abolizione fu sanzionata dalla Repubblica Cisalpina, 10 giugno 1796, promulgando il decreto della Convenzione francese, 17 dicembre 1792, con cui proclamavasi abolita ogni feudale autorità in tutti i paesi che la Francia avrebbe conquistato e richiamati alla nazione tutti i diritti feudali o regali — e dalla Costituzione del 1802, che non ammetteva altra sovranità che quella risultante dall'esercizio delle pubbliche funzioni. Nè risorse il feudo dopo il 1815 malgrado il favore del governo, malgrado che le leggi austriache stabilissero che l'abolizione avvenuta riguardava solo i diritti politici, i gravami della popolazione, le restrinzioni alla loro libertà; e non i diritti dipendenti dalla natura giuridica del feudo, per quanto cioè riferivasi ai rapporti fra signore e investito, nè gli ordini di successione nè i diritti di uso e di servitù attinenti al diritto privato. Per svincolare questi rapporti nel Veneto e nel Friuli (dove la Repubblica aveva fatto fino agli ultimi tempi innumerevoli vendite o concessioni di terre a signori, annettendovi titoli di nobiltà e diritti regali) l'Austria promulgò nel 1861 e 62 leggi che non diedero grandi risultati; e solo lo svincolo totale di questi beni e la loro commutazione in allodii avvenne con leggi italiane del 1867 e del 13 aprile 1870.

Napoleone I aveva creato in Italia pei suoi generali 18 feudi: 12 nella Venezia, 6 nel Regno di Napoli. I Borboni a Napoli dopo la ristaurazione li subirono come uno smembramento dei loro stati e come una diminuzione delle loro rendite, poichè questi principati non importarono alcuna sovranità territoriale e il prodotto delle loro imposte fu solo destinato al servizio di una dotazione annua.

CAPO XIV.

I PRODROMI DOTTRINALI DELLO STATO MODERNO (*).

132. Mentre l'assolutismo regio si stendeva in tutta Europa e i re trattavano i popoli come gregge, appoggiandosi sul diritto divino, mentre la Riforma voleva fondare stati teocratici e dichiarava che tutte le autorità discendono da Dio, che tutte sono eguali e non vi è rango fra di loro (distruggendo così la base teorica del sacro romano impero), in Italia il pensiero politico rappresentato dai giuristi e dagli umanisti, campioni dello spirito filosofico, e respingevano le costruzioni tetre dei riformatori e cercavano fondare e spiegare umanamente l'origine degli stati e l'essenza dell'autorità e combattere le opinioni teocratiche (1). Le loro dottrine sono il punto di partenza di una letteratura cosidetta monarchomaca, che si svolse specialmente in Ispagna nei secoli XVI e XVII, per opera dei domenicani e dei gesuiti, i quali nella lotta contro la Riforma non solo oppugnarono le dottrine religiose ma ancora le politiche. Confrontando le loro teorie sullo Stato con quelle della tradizione cattolica, fanno meraviglia il contrasto e l'evoluzione avvenuta nel seno della Chiesa sui concetti fondamentali e sui metodi politico-sociali di governo. Essi allo Stato teocratico contrapposero il concetto di Stato puramente laico, fondato sul diritto di natura e dipendente, per la parte etica religiosa, dalla Chiesa la quale direttamente riceve da Dio il potere, essendo essa soprannaturale e universale mentre lo Stato è naturale e particolare (2). Quantunque in questa ricostruzione di uno Stato naturale, li movesse spirito di difesa per assicurare la posizione della Chiesa contro lo Stato, tuttavia è innegabile che essi coordinarono a tale

(*) **Bibliografia.** — Vedi opere cit., § 126, e Bluntschli, *Gesch. des allgem. Staatsrechts u. Politik*, 1867; Hinrichs, *Gesch. d. Rechts u. Staatsprincipien seit der Reformation*, 3 v., 1850; Ranke, *Zur Gesch. d. doctrin von den drei Staatsgewalt;* Hildenbrand, *Gesch. u. System d. Rechts. u. Staatsphilos.*, 1860; Kaltenborn, *Vorläufer v. Hugo Grotius;* Janet, *Hist. de la science polit.*, II, 1887; Stahl, *Storia della filos. del diritto;* Meyners d'Estrey, *La souverain. du peuple. Et. histor.*, 1889.

(1) Il latinista Girolamo Vida (1470-1566) nel suo *De dignitate reipubl.*, 1556, sostenne l'idea del contratto. Così anche Bottero, *Della ragion di Stato*, 1559 e Alciato, ad l. 15, Dig. *de verb. signif.*

(2) Dei domenicani Soto (*De iustitia et iure*, 1602); Vasquez, Covarruvvias, 1586; dei gesuiti, Lainez, Lessius, Molina (*De iustitia et iure*, 1659), Bellarmino, Suarez. Le loro dottrine furono combattute dai protestanti (v. Goldast) e dai cattolici antigesuitici.

principio tutto il loro sistema politico, sia presupponendo come base essenziale della dottrina dello Stato naturale l'esistenza di un contratto e traendo da questo il corollario che la sovranità è nel popolo, il quale può alienare tutta o in parte la sua libertà e ritirarne la concessione quando il sovrano si è convertito in tiranno. Donde il diritto alla rivoluzione e la lecitezza della deposizione e anche dell'assassinio (Mariana): donde l'altra conseguenza che la legge naturale e la positiva sono superiori al rappresentante del popolo come al popolo stesso, e che non esiste *potestas legibus soluta*, come volevano gli assolutisti (per es., Bodin).

Tali dottrine sul diritto naturale e sul contratto sociale, introdotte dagli imperialisti, quale reazione al concetto teologico per rendere lo Stato indipendente dalla Chiesa, e poi riprese dai politici teologici per fare lo Stato subordinato alla Chiesa — aprirono la via ai teorici del diritto naturale (Thomasio, Grozio, Puffendorf) i quali posero l'essensa dello Stato nel soddisfacimento individuale degli uomini e nel loro bisogno di difesa. Fondando lo Stato sul contratto, essi trassero la logica illazione della piena ribellione ad ogni data signoria e della sottomissione soltanto ad una signoria di elezione. Concordi nel principio fondamentale, non lo erano però nelle modalità, come provano le opinioni se il contratto politico sia necessario o volontario, se necessario moralmente o giuridicamente, ecc.: e inoltre le loro dottrine erano più o meno commiste a idee cristiane che solo in seguito perdettero: in principio mostravansi in armonia colle istituzioni vigenti che dichiaravano razionalmente necessarie, poi le attaccarono fino a combattere ogni Stato esistente. Per Grozio lo Stato che ha un fine etico universale si distingue dal principe e si identifica col popolo: per Hobbes si distingue anche dal popolo: e così si arriva fino a Kant che proclama lo Stato la sola società necessaria, la società istituita per effettuare mediante coazione la coesistenza e avente per iscopo la tutela dei diritti individuali. Questo Stato deriva sempre da un patto ma è un postulato della natura o ragione dell'uomo. In Rousseau trovasi la somma delle idee che furono sviluppate fino a lui dai teorici del diritto naturale e dai difensori della ribellione (Languet, Buchanan, Milton) cioè che gli uomini di natura libera e indipendente fondino lo Stato mediante contratto per la loro difesa e utilità, che l'autorità origini per trasmissione, che il popolo possa revocare il potere che trasmise e giudicare il suo re: ma egli vi introdusse il principio dell'inalienabilità della libertà, che lo fa il rappresentante della Rivoluzione francese. Tutta la sostanza della sua teoria è il potere inalienabile e non trasmissibile ossia la sovranità del popolo cioè della totalità dei membri o della volontà collettiva. Dal che discende il corollario che questo

potere non si può dividere, rappresentare, limitare, che popolo, sovrano, Stato, volontà generale sono la stessa cosa, che la sovranità non siede nel principe o in una parte del popolo, ma sovrana è solo la volontà collettiva dei membri dell'associazione. Lo scopo del suo Stato è il bene pubblico nel senso del soddisfacimento degli interessi che un cittadino ha come un altro. Il suo sistema portò i postulati della sovranità del popolo, della democrazia, della libertà ed eguaglianza, della conformità alla ragione e dell'abolizione della religione di Stato, che dalla Rivoluzione francese introdotti nella pratica divennero sustrato ed anima della vita politica moderna (1).

Fu solo quando il diritto naturale fu sviluppato in tutte le sue conseguenze che la rivoluzione apparve come suo complemento. Allora e la proclamazione dei diritti dell'uomo e le democrazie rappresentative e la creazione di stati nazionali e l'affrancamento del diritto pubblico da suoi inviluppi confessionali e la separazione della Chiesa dallo Stato, la soppressione del feudalismo e dei privilegi e il concetto della unità nazionale e della società libera passarono dal campo delle dottrine in quello della pratica. I precursori di queste dottrine avevano tutta la dottrina tradizionale, tutti i pregiudizi del tempo, da superare: e si arrestarono: ma essi ebbero sempre il merito di aprire la via dove più arditamente i popoli si misero quando i tempi e lo sviluppo delle idee lo permisero. Non era in un periodo dove la teocrazia vigeva sovrana nel fatto e nelle coscienze, dove l'assolutismo era piantato su base granitica, dove i popoli non speravano salute che nel re, dove si domandava l'unità di fede, dove il diritto pubblico si fondeva col privato, dove lo Stato si riguardava come un patrimonio del re, che si poteva tradurre in atto uno Stato basato sulla sovranità del popolo, uno Stato in cui non si considerava la religione come condizione di diritto, uno Stato colla coscienza di sè, diretto da principii e dalla legge quale sorgente precipua del suo diritto. Questi precursori mettendo in discussione tutto, resero facili e rapidi i posteriori progressi nelle teorie politiche: e in essi hanno il loro punto di partenza le nuove dottrine sullo Stato di diritto, che è un progresso sullo Stato di contratto, e quelle sullo Stato organico dovute alla scuola storica.

---

(1) Su Rousseau vedi Barni, *Hist. des idées morales en France au* XVIII *s.*, II, sez. 1-13, 1869. Intorno alle idee e agli effetti della Rivol. franc. v. Thiers, Quinet, Michelet, Lanfrey, Carlyle, Sybel, Tivaroni, Cappelletti.

PARTE QUARTA

STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

SEZIONE PRIMA: Il diritto delle persone.

CAPO I.

LA CAPACITÀ GIURIDICA.

133. Ogni uomo nel diritto germanico è persona, cioè suscettibile di diritti: soltanto varia il grado di questa capacità, dipendente dalle varie condizioni e stati in cui l'individuo può trovarsi, condizioni e stati i quali si accrebbero straordinariamente nel periodo feudale. La completa assenza di diritto che nelle società greca e romana era inseparabile dall'idea di schiavo, non si applicò ai servi dei Germani, ai quali anzi fu riconosciuta una certa capacità giuridica. Nemmeno la privazione della pace pubblica o la morte civile sopprimevano completamente in chi ne era colpito la personalità umana.

134. Perchè un uomo si potesse risguardare come persona doveva essere nato vivo e vitale. A potere dire vivo il feto non bastavano le grida o altri indizi (come nel dir. rom.) ma doveva aver vissuto tanto, almeno un'ora, da poter « aperire oculos et videre culmen domus et quattuor parietes » (L. Alam.): e perchè fosse vitale, doveva vivere dieci giorni (L. Wisig.). I nati prima del tempo avevansi, anche se vivevano molte ore o giorni, come non nati e quindi incapaci di diritti; concetto seguito ancora dagli antichi giuristi finchè al sec. XVI si rimise la decisione al giudizio dei periti (Mascardo).

Il mostro era ucciso, ma poi i canoni stabilirono che lo si considerasse come uomo. E poichè la capacità giuridica dipendeva dalla vita fisica, così l'embrione (*nasciturus*) non aveva alcun diritto ed era considerato come parte della madre. Non si riteneva che il feto vivesse dal momento del concepimento; e la Chiesa, seguendo disposizioni ebraiche invece di accostarsi alle idee romane, distinse fra parto vivo e non vivo, animato e non animato; e la

glossa al diritto canonico stabiliva che un feto di sesso maschile fosse animato dopo 40 giorni e di femminile dopo 80. Queste distinzioni furono accolte da tutti i criminalisti, come pure dei medici, fino al sec. XVII, e si trasfusero anche in alcune legislazioni: e i giuristi che sostenevano l'adagio romano *nasciturus pro iam nato habetur*, l'accoglievano sotto queste limitazioni.

135 (Morte civile (*)) — (Assenza (**)). — La fine della capacità giuridica avviene colla morte. In regola non si presume la vita nè la morte di alcuno. Provato che alcuno era in vita, lo si ritiene vivo, fino a prova contraria. Tutti gli antichi diritti, accanto alla morte naturale pongono la civile, che durò in Italia fino al principio di questo secolo, e solo recentemente è scomparsa da tutte le leggi (in Francia 1854).

La morte civile non deriva dalla *maxima diminutio capitis* dei Romani, ma dall'istituto della privazione della pace, che presso i Germani colpiva quello che aveva profondamente turbata la pace pubblica e che nel medio evo era *forbannitas, foriudicatus*. Egli perdeva ogni diritto politico e civile ed era ritenuto *pro mortuo*. Questo annullamento della personalità giuridica divenne in molte città italiane conseguenza di tutte le pene perpetue, e della pena capitale, in causa di erronee interpretazioni delle leggi romane date dai giureconsulti. La successione del morto civilmente si apriva come se fosse morto naturalmente: era incapace di contrarre matrimonio che producesse effetti civili; i suoi figli erano illegittimi; non poteva ereditare nè trasmettere i beni a lui pervenuti per successione, i quali passavano al fisco o alla città.

Non è da confondersi con questa morte civile quella che seguiva la professione dei voti monastici solenni e quella in cui incorrevano i lebbrosi. La *ficta mors* del religioso regolare non importava termine della capacità giuridica, ma solo perdita della facoltà di ereditare, acquistare per sè e possedere; negli altri negozii non era incapace, ma poteva coll'assenso dei suoi superiori, agire ed obbligarsi efficacemente. Anche quelle leggi che volevano aperta la successione sua al momento della professione, non assimilavano

---

(*) **Bibliografia.** — Medicis, *Mors omnia solvit Tractatus*, II, 1586; Renaud, *La mort civile en France*, 1843; Pertile, III, p. 227 segg., 195, V, 356 segg. Sui monaci, Grosspietsch, *De ficta morte sive de vi et effectu profess. relig.*, 1871; Schuster, *Zeit. f. priv. u. offentl. R.* di *Grünhut*, IV, 573; Rocco, *La capacità civile del religioso professo*, Palermo, 1840. Sui lebbrosi v. Muratori, diss. 16; Guillouard, *Etude sur la condition des lépreux au m. a.*, 1875.

(**) **Bibliografia.** — Bruns, *Die Verschollenheit* nel *Jahrb. des gem. deut: R.* di Bekker e Muther; Stobbe, I, p. 268; Pertile, III, p. 219; Tamassia, *L'assenza nella storia del dir. it. Arch. giurid.*, XXXVI, 1886.

la morte del religioso a quella del morto civilmente in seguito a condanna. Colle leggi di soppressione degli ordini religiosi, questa incapacità anche parziale non è più riconosciuta nel nostro diritto.

Il lebbroso nel diritto longobardo, come pure l'ossesso, era *tamquam mortuus*, non poteva disporre dei suoi beni: e la donna lebbrosa, se fidanzata, poteva essere abbandonata dal fidanzato, senza che questi incorresse in pena; disposizioni queste di origine biblica che si mantennero per tutto il medio evo. Sotto poi l'influenza della Chiesa anche questa morte scomparve; e i Capitolari non autorizzarono il divorzio da un lebbroso che col mutuo consenso dei coniugi. E lo stesso principio domina negli statuti dove vedesi piuttosto la preoccupazione di allontanare dalla città questi malati temendone il contagio, che di privarli della personalità. Erano *irregolari*, ma non morti (Baldo), e potevano essere testi e sposarsi; e non potevasi recar loro offesa se non quando volessero entrare nei luoghi vietati.

La morte doveva essere provata; tutti i mezzi erano ammessi; l'annotazione nei registri della città o della parrocchia era testimonianza decisiva per provare della morte come della nascita. Nessuno presumevasi morto. Ma se di una persona da lungo tempo assente e sulla quale non si ha alcuna notizia, non è possibile stabilire se è viva o già morta, poichè tale incertezza non può durare eternamente, arriva un momento in cui la presunzione della morte è necessaria. Tale presunzione fu il fondamento dell'istituto della immissione nel possesso definitivo dei beni, di chi fu dichiarato assente. La dottrina dell'*assenza* fu quasi interamente elaborata dalla scienza giuridica italiana, e da questa derivano in parte le disposizioni del nostro codice.

Il diritto romano aveva studiosamente evitato di restringere, entro una cerchia di presunzioni legali, la dichiarazione di morte di un assente e rimise al giudice l'esame di ogni singolo caso e la facoltà di provvedere per mantenere e difendere i diritti dell'assente o per trasmetterli irrevocabilmente ad altri: solo riguardò i cento anni come l'estremo limite della vita umana, senza perciò creare una presunzione sulla vita o la morte dell'assente. Da questo limite la Glossa e il diritto italiano trassero la massima che l'assente fino a cent'anni sia da riguardarsi come vivente. Nel diritto germanico, forse per l'ordinamento famigliare della proprietà, non sentivasi il bisogno di provare la morte dell'assente e si andava piuttosto all'idea di assimilare una lunga assenza alla morte: ma verso il IX secolo la consuetudine, confondendo assenza e prescrizione, pose il termine di 30 anni per la presunzione di morte (che in alcuni statuti fu ridotto a 20, 25 e fino a 7), e per aprire la successione nei beni dell'assente. Gli aventi diritto potevano ottenere dal giudice l'immissione nel possesso dei beni dell'assente, e davano cauzione di restituirli se tornava entro i 30 anni. Tale immissione fu dai giuristi

italiani riguardata non come successione, ma come libera amministrazione, come *cura bonorum absentis*, la quale si tramutava in un diritto ereditario, quando fosse decorso tanto tempo da ritenere impossibile la presunzione di vita dell'assente; e questa successione ritenevasi aperta non al momento in cui alla presunzione di vita subentrava quella di morte, ma al momento in cui era istituita la *cura*, così che era erede non colui che al tempo della morte ammessa era il più vicino, ma quello che l'era al tempo della scomparsa. Questa dottrina della *cura* e della immissione in possesso e della successione, già tracciata sommariamente da Bartolo, fu poi sviluppata dai nostri giuristi del sec. XVI e XVII (Menocchio, Borgnini, Cavalcani, Fabro, ecc.), in tutte le parti e conseguenze. Essi formularono la dottrina della prova della morte, respinsero la presunzione di una vita secolare e rimisero al giudice l'esame delle circostanze dell'assenza prima di prendere un provvedimento definitivo; e le Rote italiane (Rom. e Fiorent.), proposero molti mezzi congetturali per provare la morte dell'assente.

Le disposizioni del Cod. civile italiano sull'assenza, sono copiate dal Cod. francese, e questo le trasse dalla dottrina precedente italiana e francese, e da una pratica che l'esperienza aveva epurato. Ma non tutte adottò le regole antecedenti; parte modificò, parte combinò colle disposizioni romane; ma nel complesso elevò l'assenza a istituzione giuridica con norme precise. Per le guerre frequenti che obbligavano i cittadini a recarsi in lontane regioni, spesso avveniva che si ignorasse la sorte di molti, nè si sapesse se dovevansi considerare come vivi o come morti. Il Cod. francese, pur ritenendo che carattere dell'assenza sia l'incertezza tra la vita e la morte, il contrasto tra la presunzione di vita fondata sulla ignoranza della morte e quella di morte basata sull'assoluta mancanza di notizie, preferì seguire il sistema dell'antica giurisprudenza di provvedere agli interessi degli esistenti piuttosto che a quelli dell'assente; e fece dell'assenza un istituto giuridico il cui effetto era quello di immettere gli aventi diritto alla successione dell'assente. La sua teoria è una transazione fra le leggi romane e le dottrine dei giuristi, specie italiani. Di questi ripudiò il concetto (accolto dalla legge austriaca) che debba l'assente considerarsi in un tempo qualunque, come morto; ma invece ne accettò l'altro, accolto ancora dagli statuti, dell'immissione in possesso nei beni dell'assente, misura tutta a beneficio dei supposti aventi diritto e quasi punizione dell'assente. Nello stesso tempo combinò questa immissione col concetto romano della cura dei beni (pel primo stadio dell'assenza), concetto esclusivo di tutela e difesa degli interessi dell'assente. Respinse i mezzi congetturali dei giuristi ed accolse il limite dell'età centenaria. Tali conciliazioni parvero ibride e frutto di tempi eccezionali, e portate nelle nostre leggi furono da alcuni ritenute, ma erroneamente, inferiori alle massime

dell'antica giurisprudenza. Il Cod. it. non vi portò altra innovazione che di abbreviare i termini, il che era conforme alla maggiore facilità e prontezza di comunicazioni.

CAPO II.

CONDIZIONI GIURIDICHE CHE MODIFICANO LA CAPACITÀ.

136. Soggetta a molte variazioni è la capacità giuridica dell'uomo, secondo che egli è *sui juris* o *alieni juris*, e secondo l'onore civile, il sesso, l'età, la perfezione corporale e intellettuale, la religione e la sua posizione nella città e nella famiglia; e queste variazioni dipendenti da qualità giuridiche, fisiche o morali sono, più o meno, proprie di tutte le società; ma nelle primitive per concetti più personali e soggettivi del diritto abbondano.

137 (Mundio (*)). Solo chi è *sui juris* (*selbmund*) aveva presso i Germani piena capacità e personalità giuridica, e di sè era signore e donno nel più alto senso, poteva disporre della sua libertà e persona — e tutto il medio evo offre numerosi esempi di persone libere che si pongono in servitù, di debitori che si obbligano, in caso di inadempimento dell'obbligazione, di sottoporsi alla perdita della mano, di un occhio, ecc. (1). — Quelli che non lo erano e stavano sotto la podestà o *mundio* di alcuno, non avevano piena capacità: dal rapporto di dipendenza in cui trovavansi, nascevano restrinzioni all'esercizio dei loro diritti; e derivava facoltà a colui che esercitava questa podestà, a obbligarli a fare o non fare una cosa. L'idea che domina, nel mondo germanico, la famiglia e la società, è quella del mundio. Col mundio si designano tutti i rapporti di famiglia, fra marito e moglie, fra padre e figlio, fra parenti e le donne, che per tutta la loro vita devono stare sotto il mundio del padre, del marito o, vedove, degli agnati del marito. Col mundio si indicano molti rapporti sociali e politici di dipendenza. Il medio evo abbonda di persone e di enti che stanno nel mundio del re o di un signore: così i vassalli, i manomessi, i chierici, gli orfani, le chiese, i monasteri sono nel mundio di una persona che li protegge, li difende nei tribunali, li rappresenta nelle prove giudiziarie e nel giuramento, li amministra e li dirige. La ragione di questo mundio è varia: l'età, il sesso, i difetti fisici o psichici, la condizione sociale, il

(*) **Bibliografia.** — Heusler, I, §§ 22-32, e cfr. le op. cit. ai seguenti §§ 179, 188.

(1) Per es., il mercante di Venezia. Vedi Kohler, *Shakespeare vor dem forum d. Jurisprudenz.*, pag. 30, 59 seguenti.

bisogno di protezione o rappresentanza. Non è l' incapacità alle armi (1) o di stare in giudizio la sola causa del mundio: ma la ragione e l'essenza di esso variano secondo i casi e le persone a cui si applica. E varia anche la misura della protezione che è una scala la quale va dal consiglio all'assoluta tutela. Ognuno ha pel suo mundio le sue regole speciali, nelle quali solo comune è l'idea di protezione: ossia tutti hanno comune ciò che serve pei rapporti esterni, diversa essendo la misura di questa protezione nei rapporti interni. Però se questa potestà variò in questi rapporti, non si mutò nella sua essenza originaria, come apparirà dalle sue singole modalità. Il mundio per sua natura non fu mai esercitato nel vantaggio del soggetto, ma nell'interesse di chi lo aveva, del capo della casa, per es., e nell'intendimento di imprimere unità di direzione alla azienda domestica. Esso non escludeva che quelli che erano sotto il mundio non avessero una parziale personalità: soltanto questi soggetti nei rapporti coi terzi agivano per mezzo di chi aveva il mundio, e questo mundualdo era anche in parte responsabile dei delitti di essi, ed era all' esterno la sola personalità conosciuta, autorizzata ad agire in giudizio per conto loro, a difenderli, a giurare, a sostenere le prove, ecc.

138 (L'onore (*)). Ma chi era *sui juris* per avere completa personalità giuridica nei rapporti politici e civili, doveva godere l'onore, la piena estimazione di tutti. I Germani fecero dell'onore un istituto giuridico con un contenuto diverso da quello che presso i Romani aveva il *caput*. Da essi deriva in gran parte l'idea che hanno dell'onore, del punto di onore e del modo di difenderlo le società moderne e quella che in ispecie ebbe la cavalleria medio-vale.

L'onore era il riconoscimento del valore personale di un uomo da parte della società. Questo riconoscimento avrebbe dovuto manifestarsi non nel campo del diritto ma solo nei rapporti sociali, perchè l'origine e la forza dell'onore erano interamente fondate sulla morale (onde il variare della natura sua e del suo apprezzamento secondo il variare della morale e secondo i diversi stadii

(*) **Bibliografia.** — Marezoll, *Ueber die bürgerliche Ehre*, 1824; Budde, *Rechtslosigkeit, Ehrlosigkeit u. Echtlosigkeit*, 1842; Hillebrand, *Entziehung d. Ehre*, 1844; Kleinschmidt, *De natura et vi existimationis in jure germ. m. ævi*, 1844; Stobbe, I, § 47; Pertile, § 101; Heusler, §§ 43-45; Ganderax, *La condition des comédiens depuis les origines jusque au XVIII s.*, 1887. — E gli antichi Camerata, 1567; Possevano, 1563; Possevino, 1553; Urrea, 1569; e il Card. Tuschi, v. *honor*.

(1) Tale era l'idea dominante: e quella di Kraut fu mostrata erronea da Rive, I, pag. XXI, 189: II, I, pag. XI.

di civiltà): ma siccome una parte del diritto si esplica in rapporti fra uomo e uomo, così la considerazione di essere o no in possesso dell'onore esercitava una grande influenza. E così venne che nel medio evo l'onore apparve come la condizione necessaria del completo godimento di tutti i diritti privati.

Il concetto e la misura dell'onore non erano eguali per tutti, ma differivano secondo la posizione di ognuno come membro del tutto sociale o come avente una condizione particolare. Da ciò derivavano due specie di onore; l'onore comune a tutti i cittadini, e quello speciale a una classe o condizione, determinato dalle idee che si avevano intorno a questa classe o condizione. L'onore comune poteva perdersi o scemare per molteplici cause; e rispettivamente perdevasi o scemava la capacità giuridica. Gli effetti di questa diminuzione totale o parziale si manifestavano più sul diritto pubblico che sul privato, e ciò pel carattere sociale che aveva l'onore. Fino dal tempo di Tacito chi era senza onore non poteva prendere parte alle cerimonie religiose e alle assemblee: presso i Franchi colui che era stato condannato a morte e poi graziato, non poteva più far testimonianze, giurare, sedere nei tribunali: in tutto il medio evo la condanna per un grave crimine traeva con sè la perdita dei diritti civili e politici, divieto a essere giudice o teste, ad aver tutore od esercitare tutela e ad avere feudi. La perdita del diritto implicava con sè anche quella dell'onore. Oltre i condannati a pene corporali, essa colpiva gli illegittimi (v. § 175) quelli che esercitavano professioni disonorevoli, i campioni dei duelli giudiziarii e i loro figli, i musicanti vagabondi, gli istrioni. Tutti questi non avendo diritti, non possedevano alcun valore personale e quindi non avevano guidrigildo. Non era così di colui il quale era incorso soltanto nella perdita della considerazione pubblica cioè dell'onore. In origine questa pena colpiva colui che aveva violato una promessa, la fede feudale ed ospitale: ma poi si estese contro quelli che avevano perduto il diritto e contro quelli che avevano voltato le spalle al nemico, contro le donne di cattiva fama, i falsarii, i falliti, i lenoni, i commedianti, ecc. In Sicilia anche i giuocatori erano dichiarati infami ed esclusi dall'essere testimonii. I quali in conseguenza del perduto onore non potevano essere rappresentanti o tutori, tener feudi, e per purificarsi in giudizio dovevano ricorrere al giudizio di Dio e non al duello.

In Italia questi concetti germanici si confusero nell'istituto romano dell'*infamia:* il che avvenne naturalmente, perocchè, se il contenuto di essi era diverso, comune era l'idea giuridica fondamentale. Ma nello stesso tempo le conseguenze dell'infamia si allargarono perchè essa non importò solo perdita del *jus suffragi et honorum* ma ancora, giusta l'idea germanica, perdita della con-

siderazione sociale, dei diritti del proprio stato e del posto nella propria corporazione, e si accrebbero anche le cause che portavano la perdita del diritto e dell'onore con quelle dipendenti da un delitto privato o dalla violazione di un rapporto contrattuale (società, tutela, ecc.) che per diritto romano facevano incorrere nell'infamia. In tal modo accanto all'*infamia immediata*, a quella cioè in cui per legge si incorreva *ipso facto* appena commessa l'azione infamante (come per le vedove che si maritavano non ancora scorso l'anno di lutto, gli istrioni, ecc.) e a *mediata* che seguiva la sentenza del giudice, si ebbe nelle leggi italiane un'*infamia facti* che si accostava al concetto germanico del disonore e che colpiva i falliti, il convinto di viltà, il carnefice, ecc.: e inoltre si ebbe una diminuzione dell'onore corrispondente alla *levis nota* per gli esercenti certe professioni e arti, pei poveri, per gli spurii ed illegittimi che non potevano essere notai, dottori nobili. In Sicilia e in altre terre tutti gli operai indistintamente sono dichiarati non essere uomini *bonae famae*, e quindi non ammessi ad alcuna carica. I poveri poi erano senza considerazione ed onore, esposti a tutti i sospetti, esclusi dalla vita politica nei comuni e fuori di ogni protezione nella gerarchia feudale (1). Nè valse la chiesa cogli ordini monastici praticanti la povertà evangelica, a riabilitare civilmente i poveri che nelle operose città italiane erano visti con disprezzo e trattati con regime di eccezione. La testimonianza del povero non era *a priori* accettata ma dovevasi far precedere un'indagine intorno ai suoi costumi. Questa sua posizione moralmente e socialmente inferiore veniva poi in certa guisa compensata da privilegi, che erano presso a poco i privilegi introdotti dal diritto romano e accettati dal canonico, e ammessi da molti tribunali municipali, privilegi relativi alla gratuità o quasi della giustizia e all'assistenza fatta da speciali procuratori nelle cause che li riguardavano (2).

I Codici moderni non conoscono più l'infamia ma soltanto la perdita dei singoli diritti: nei tempi moderni non vi sono più condizioni e stati di famiglia infamanti, e l'onore non è più una condizione giuridica, ma è considerato come affatto indipendente

---

(1) Ratzinger, *Gesch. d. Kirchl. Armenpflege*, 1868; Leoncillus, *De privil. paupert.*, 1649; Benincasa, *De paupertatis privilegiis* nei *Tract. univ. juris*, XVIII, p. 138; Alvarez de Velasco, *De privil. pauperum*, 1663; Strychius, *De juram. paupert. Dissert. jurid.*, IV; Francken, *De jure pauperum*, 1843; Novarius, 1637; Vasquii, *Controvers.*, 1595, cap. 41; Tuschus, voce *Pauper*.

(2) Sui privilegi giudiziarii dei poveri negli statuti ital. v. Fuchs, *Ueber die gesch. Entwick. d. Armenrechts in Civil. proc. Z. f. R. G.*, III, 108; Reatz, *Gesch. d. Armeneids*, id. II, 421.

dalla posizione che si ha nello stato, e si è trasfuso nel senso morale del paese, assieme però ad odiosi pregiudizii (come il duello) che si collegano al cosidetto punto di onore.

CAPO III.

INFLUENZA DELLE CONDIZIONI FISICHE (LA DONNA).

139 (Il sesso (*)). Non eguaglianza di diritti e di capacità giuridica ebbero i due sessi, nel diritto medievale; generalmente la donna fu sacrificata. Le società nelle quali predominò l' ordinamento militare, tennero sempre la donna in una posizione inferiore rispetto all' uomo. Tutti i privilegi, tutta la considerazione per questo che era il braccio della casa e poteva difendere il gruppo sociale (Spencer). Alla condizione della donna nocquero le invasioni. Gli antichi costumi dolci e certe idee mistiche che mitigavano quanto di duro vi era nel potere dell'uomo sulla donna, si incrudirono in quel periodo fortunoso di avvenimenti dal quale uscirono nuovi popoli, e il contraccolpo delle conquiste fu risentito anche nell'interno della famiglia germanica, poichè all' indipendenza quasi disordinata di essa subentrò la forte gerarchia e disciplina militare. Presso popoli che non conoscevano che la forza, questi esseri impotenti a difendersi, erano abbandonati senza controllo al potere (mundium) dei loro parenti e sposi, che più rigido del romano era perpetuo, poichè l'incapacità della donna era conseguenza necessaria della sua impotenza a portare le armi, del suo sesso quindi e non poteva giammai scomparire o diminuire. I Longobardi, per es., erano anzitutto soldati; e chi non era soldato era privato d'ogni capacità civile e posto sotto tutela, la quale oltre essere un diritto di famiglia, una proprietà domestica fondata nell'interesse della famiglia, era anche un interesse pubblico, un potere militare fondato sull'interesse dello stato. Difatti il tutore supremo era il re; e se i parenti della persona incapace trascuravano proteggerla o abusavano del loro potere, il giudice regio li escludeva o li spogliava della loro tutela, e il pupillo loro diveniva il pupillo del re. La donna era, presso i Longobardi, una di queste persone incapaci la quale doveva restare in assoluta dipendenza dei suoi parenti prima, e poi del re, se questi erano

(*) **Bibliografia.** — V. § 179 e 194; Muratori, diss. 20; Gide, Laboulaye e Weinhold, citati ai §§ 22 e 23; Bücher, *Zeits. f. ges. Staatswis.*, XXXVIII, 1882; Criscuolo, *La donna nella storia del dir. ital.*, 3ª ediz. 1889; Frugoni, *Capacità della donna nel dir. del secolo XIX*, *Arch. Giurid.*, IV, 471-511; Pertile, § 102; Grimm, *D. Rechtsalt.*, 403, 410.

esclusi; e il mundio che l'accompagnava per tutta la vita, in tutti gli stati, ragazza, maritata, vedova, nubile, anche quando aveva perduto il carattere autoritario per trasformarsi in un dovere di protezione e di difesa, aveva pur sempre un carattere pubblico (§ 194). A questo concetto si collegava parimenti il maggiore guidrigildo che alcune leggi germaniche assegnavano alla donna, specie finchè era in età di procreare.

Il diritto germanico riteneva la donna incapace e la metteva allo stesso livello del fanciullo: non diritti politici, non facoltà di amministrare i proprii beni, di obbligarsi. Nulla può alienare, nemmeno un oggetto mobile senza l'assenso del suo tutore; nessun atto poteva compiere se non assistita dal marito e da due suoi agnati che investigavano se agiva di sua volontà o se cedeva alle pressioni dell'autorità maritale. Se commetteva un delitto rispondeva per essa il tutore, padre o marito il quale possedeva, amministrava il patrimonio di lei. E nelle successioni, qualora non era esclusa, riceveva una quota minore in confronto dei maschi e parenti anche lontani.

Il diritto germanico non entrava nella società, in rapporto alla condizione giuridica della donna, come un elemento di progresso, inquanto che l'ultimo diritto imperiale romano e la religione cristiana avevano molto avvicinato i due sessi nell'uguaglianza, in tutte le relazioni di famiglia. Il cristianesimo aveva compiuto una rivoluzione radicale nella costituzione della famiglia col legare tutti i suoi membri per doveri mutui, col nobilitare il matrimonio riconducendolo a un'origine celeste e proclamandolo indissolubile. In tale unione tutti i godimenti dovevano essere comuni, i diritti reciproci, i doveri uguali, l'autorità sui figli doveva essere divisa fra marito e moglie. La donna perciò aveva ottenuto dal cristianesimo quel posto che non le avevano dato le società antiche presso le quali l'unico scopo del matrimonio e l'unico còmpito della donna erano stati quelli di dare all'uomo una posterità. La donna aveva così riacquistata la sua dignità; ma presto l'offuscarono i delirii dell'ascetismo che proclamavano il matrimonio un male necessario da tollerarsi non da incoraggiare (S. Girolamo), vietarono le seconde nozze, celebrarono il celibato; da essi fu ispirata la legislazione canonica che consacrò il principio della superiorità morale dell'uomo sulla donna (can. 13-19, caus. XXXIII, q. 5) e ribadì l'assioma romano: « in multis articulis deterior est conditio foeminarum quam masculorum ».

Come il diritto romano, e più esclusivo ancora, il diritto canonico non conobbe altro regime matrimoniale che il dotale, quello cioè che rende la donna incapace ed impotente, escluse la donna da tutti gli uf-

fici *virili*, le vietò di obbligarsi per altri, di patrocinare, accusare, e, più severo delle leggi romane, di deporre in giudizio e tenne la sua testimonianza non degna di fede. Anche esso finì per fare della procreazione l'unico fine dell'unione coniugale; nè glielo impediva l'avere dichiarata tale unione indissolubile ed elevata a sacramento, perchè questo valeva solo a purificare un' istituzione per sè cattiva ed impura. Fu fortuna che le ultime leggi imperiali intorno alla condizione giuridica della donna non fossero ispirate da queste tendenze ascetiche che si manifestarono ben presto nel seno delle comunità religiose orientali ed occidentali; perchè il medio evo e l'età moderna non avrebbero avuto davanti quelle prescrizioni del diritto giustinianeo che toglievano alla donna l'incapacità del sesso e le lasciavano solo quelle derivanti dalla sua posizione di donna maritata, fondata su rapporti di famiglia e su interessi privati; nè i giuristi nè i legislatori avrebbero avuto per ispirarsi quelle altre leggi che davano alla madre diritto alla successione dei figli, esercizio di tutela legale e perfino di patria podestà, disposizioni che poi divennero parte del diritto moderno.

Queste tendenze germaniche e canoniche così contrarie alla donna prevalsero nella legislazione posteriore, quasi fino ai giorni nostri. Il feudalismo tutto militare doveva essere e fu contrario alle donne che mantenne in perpetua tutela. I comuni trovarono corrispondente anche alla loro politica economica limitare la posizione delle donne e la loro capacità e libertà; le tennero sotto la tutela perpetua del padre, del fratello, dell' agnato o del marito, ridussero la parte di cui potevansi dotare, le esclusero dove più e dove meno dalla successione legittima. In Sicilia si accolse il principio canonico di non ametterle a far testimonianza. Ovunque non si permetteva loro di contrattare se non coll' intervento del tutore e in mancanza si doveva dal giudice interrogare i vicini sulla ragione del contratto, oppure il giudice doveva rilasciare un'autorizzazione speciale (Costit. Piem. 1770, Cost. estense). Solo nel Veneto e in Liguria la legislazione era giunta a emancipare le donne da questa tutela perpetua e a sopprimere l'intervento dei parenti nelle loro obbligazioni. Più rigida era la legislazione nell'Italia meridionale dove le donne erano per leggi sveve e angioine soggette a mundualdi; e per successive Prammatiche, se di età minore per le nozze, stavano sotto la curatela del marito, sottraendosi dall'autorità degli estranei curatori. Però le coniugate maggiorenni non erano sotto la perpetua tutela del marito, e potevano anche col dissenso di lui, alienare beni parafernali, non mai i dotali pei quali volevasi la dispensa del re, a cui dovevasi esporre il numero dei figli, la quantità della dote, lo stato del marito e la causa dell'alienazione. Il sovrano poteva dispensare, e permettere la alienazione, purchè la donna non restasse indotata, o purchè la dispensa non eccedesse il terzo della dote.

Per converso Federico II aveva disposto in favore delle donne che se lese per frode dei mundualdi, perchè avevano omesso le debite prove e difese, si dovessero integralmente restituire nel corso dei giudizii; come pure se lese per ignoranza del diritto dai detti mundualdi: e loro estese i vantaggi derivanti dal S. C. Vellejano. Anche una Prammatica del 1543 dichiarò nulle le obbligazioni e intercessioni della moglie in favore del marito, anche se confermate da giuramento, punendo severamente i notai che le ricevessero — salvo speciale dispensa del re: autorizzò però le coniugate ad obbligarsi in principal nome da se sole.

La giurisprudenza era collegata alle leggi per abbassare la condizione delle donne, triste riflesso delle abitudini e dei pregiudizii antichi (1). Gli antichi giuristi italiani divisero coi nostri novellieri il poco rispetto alla donna, della quale proclamarono l'incapacità, la leggerezza e l'insufficienza a compiere qualsiasi atto giuridico. La dissero *genus avarissimum* (Paolo di Castro) e senza fermezza; non l'ammisero a muovere accuse, a presenziare la formazione dei testamenti, e la sua testimonianza, dove l'accolsero, valutavano per due o tre volte inferiore a quella dell'uomo (Mascardo, Farinaccio).

Così vi fu in Italia fino al Cod. attuale una tradizione completamente sfavorevole alla donna, la quale cominciò in alcune parti a mutare per opera del Cod. napoleon. che ne migliorò la condizione giuridica. Esso le riconobbe l'integrità dei diritti civili e alla maggiore età il libero esercizio di tutti gli atti della vita civile; ma nello stesso tempo non l'ammise a far testimonianza negli atti di stato civile, nè in testamenti od altri atti pubblici, nei quali i testimonii partecipano di un officio pubblico; mantenne rigidamente il principio germanico (proprio di molte *coutumes* francesi) dell'autorizzazione maritale o di quella giudiziale, ossia il principio dell'incapacità della donna di donare, riscuotere, stare in giudizio. E per compenso le concesse il divorzio; vedova le ridonò la sua indipendenza personale e l'uso libero di tutti i diritti civili; se esistevano figli del primo matrimonio ancora minori l'autorizzò a esercitare la patria podestà; e la riabilitò ancor più nell'ordine successorio, abolendo le disuguaglianze fra i due sessi; inoltre la autorizzò ad esercitare il commercio sotto determinate condizioni.

Non tutti i Codici posteriori al c. 15 (v. § 179) accolsero queste disposizioni: alcuni si attennero alle tradizioni italiane. Si ebbe così grande varietà tra paese e paese. Il Codice parmense, l'alber-

---

(1) C. Lessona, *La Sylva nuptialis di G. Nevizzano, giureconsulto astigiano del sec. XVI*, 1886. La *Sylva* è un libello, di apparenza giuridica, contro le donne.

tino e quello delle due Sicilie riprodussero dal francese l'istituto dell'autorizzazione maritale e giudiziale anche per gli atti di ordinaria amministrazione, ma ad esso tolsero il carattere di guarentigia del solo interesse del marito e di mezzo di soggezione della moglie; il che era già un progresso. In Toscana e negli Stati della Chiesa la donna era colpita da un'incapacità generale, era assimilata al minore o all'interdetto; e sposa o maggiorenne nessun contratto poteva compiere senza l'autorizzazione maritale o giudiziale. Invece in Lombardia il Codice austriaco sanciva la massima libertà giuridica della donna in ogni condizione o stato. Tutti unanimi erano poi nel fissare la maggiore età della donna eguale a quella dell'uomo. Il Codice delle due Sicilie accordava anche alle donne la facoltà di adottare; quelli estense e parmense e delle due Sicilie non riconoscevano alcuna differenza tra maschio e femmina circa i diritti di successione; mentre i Codici albertino, estense, il Regolamento pontificio sconoscevano quali più (come il citato Regol.), quali meno i diritti successorii delle donne e li sacrificavano al concetto della conservazione della famiglia, preponendo loro sempre gli agnati. Questi tre Codici ancora restringevano la capacità delle donne di donare sottoponendo i contratti gratuiti all'autorizzazione del tribunale; mentre nessuna differenza facevano fra le donazioni dell'uomo e quelle della donna i Codici francese, albertino, due Sicilie. Il sardo e l'estense vietarono alle donne di mallevare il che era un regresso. Come regola era accolta in Italia l'esclusione sua dagli ufficii popolari, dall'essere teste agli atti di stato civile o nei testamenti e la sua esenzione dall'arresto personale per debiti (tolto che a Parma, Modena, Roma).

Il Codice vigente assegnò alla donna il godimento dei diritti civili, la dichiarò maggiore all'età in cui anche l'uomo è dichiarato maggiore; la parificò all'uomo nei diritti di successione, la autorizzò a donare, testare, a fare qualunque contratto, esercitare la mercatura. Ma contro la completa eguaglianza di trattamento inserì alcune restrinzioni, come l'esclusione dalla tutela (eccetto che per le ascendenti o sorelle germane nubili), dall'essere testimoni negli atti dello stato civile, dall'esercitare arbitrati, e sopra tutto l'autorizzazione maritale e giudiziaria (omessa dal progetto Pisanelli, ma ristabilita dalla commissione senatoriale, malgrado l'opposizione della Lombardia). Anche per quest'ultima restrizione il Codice nostro ripudiava il concetto dell'inferiorità della donna e della imbecillità del sesso; e giustificava l'autorizzazione col principio di volere assicurare coll'unità della direzione il buon andamento della famiglia. La sua condizione era sempre migliorata dal momento che erano rigettate dalle leggi la minorità perpetua, il senato consulto Vellejano e i privilegi dell'agnazione.

140 (Età (*)). Relativamente all'età, per la capacità giuridica i Germani non conoscevano quattro periodi della vita, ma solo due: quello in cui si era nel mundio del padre o del tutore e quello in cui non vi si era: ed era, come presso i Romani, lo sviluppo fisico ed intellettuale quello che distingueva la maggiore età dalla minore e conferiva il diritto di far da testimonio e di amministrare le proprie cose. Questa età nella quale si otteneva piena capacità (*legitima aetas*, Liutp.) era presso i Germani molto incerta tanto che vi è chi crede (Rive) che non conoscessero la maggiorennità fondata in un'età fissa, ma gli effetti ne venissero colla capacità alle armi e la solenne investitura. Le cifre forniteci dalle leggi riguardano piuttosto una capacità speciale che la maggiorennità, e fissano l'età necessaria per fare un atto e quella per un altro, che era presso i Visigoti di 10 per testare in caso di bisogno, di 14 per essere testimonio, presso i Longobardi di 12 per alcuni atti e di 18 per alienare, presso i Borgognoni ed i Ripuarii di 15 per stare in tribunale, di 12 presso i Franchi; e tale età sì bassa si spiega colla semplicità dei rapporti sociali. Però quest'età non voleva dire cessazione del mundio paterno, ma solo maturità individuale del corpo e dello spirito; giacchè presso i Germani la patria potestà non cessava col raggiungersi di un'età legale: la sola emancipazione che si conosceva era quella che seguiva all'abbandono della casa paterna (§ 191). Vero valore la maggiore età non lo aveva che pei figli il cui padre era morto, i quali se avevano raggiunto l'età voluta erano *selbmundi* cioè potevano agire liberamente da sè e amministrare le loro sostanze. Gli atti compiuti nel primo periodo cioè in quello in cui si era sotto il mundio, non erano per sè nulli, ma potevano essere rivocati come si diveniva *selbmundi*. Per le donne poi che stavano sempre sotto tutela, l'età non aveva altro valore che quello di determinare l'epoca in cui potevano andare a marito. Secondo l'età variava poi il guidrigildo, e quali leggi l'accrescevano, come per le donne, quali lo scemavano.

La legislazione statutaria variò nel fissare l'età maggiore: quali tennero il termine di 12 anni che pare proprio dei Germani

(*) **Bibliografia.** — Wackernagel, *Die Lebensalter*, 1862; Schroeder, *Forsch. z. deut. Gesch.*, XIX, 141 segg.; *Rechtsgesch.*, § 35; Grimm, p. 413 segg.; Heusler, I, p. 55, 199 segg.; Kraut, *Vormundschaft*, I, 110, 165; Rive, *Vormundschaft*, I, 212 seguenti, II, 1, 56 segg., 2, 61 segg.; Pertile, § 103; Lamantia, *L'età maggiore a Firenze al tempo di Dante. Legge* 1879; Amiable, *Essai historique sur l'age de la majorité. Revue histor. de dr. français et etrang.*, VII, 205; Flach, *Etud. hist. sur la durée et les effets de la minorité*, 1870; Scaduto, *Consenso*, p. 346 segg.; Baronius, 1662; **Mandosio, 1581.**

(Venezia), quali lo portarono a 14, 18 (a Firenze, Lucca, Novara, Bari, Sicilia), 20 e fino a 25 (Milano, Friuli). Grazie al diritto romano si introdussero nella misurazione della vita altri periodi, uno in cui si era maggiori a 18 anni, un altro a 25 anni in cui ottenevasi la piena amministrazione o libera disposizione dei beni, coll'assistenza però dei parenti o del giudice. E così ritornò in campo la pubertà da distinguersi dalla maggiore età. Le leggi francesi (Repub. Cisalpina, 20 sett. 1790) fissarono il termine di 21 anni mantenuto dalle leggi posteriori.

I minori avevano privilegi e i principali erano: la *restitutio in integrum si immodice laesi*, la franchigia delle spese nei giudizi data *commiserationis causa*, l'inappellabilità delle cause, il privilegio della declinatoria del foro, il divieto di far valere contro essi le lunghe prescrizioni (v. § 192).

Anche la vecchiaia che rendeva inabili alle armi, modificava presso i Germani la capacità giuridica. I vecchi non facevano più parte della cittadinanza, non erano obbligati a giurare. E anche nei comuni trovansi i vecchi non ammessi al consiglio, nè alle cariche. La *venia aetatis* poi, conforme anche al diritto romano, dispensava da officii famigliari come dalla tutela.

141 (Malattie). Grande importanza poneva l'antico diritto germanico al vigor fisico, alla salute e faceva una profonda distinzione fra sani e ammalati, deboli o difettosi: e mentre il diritto romano pensava che solo i vizi dell'intelletto dovessero modificare la capacità giuridica, il germanico riteneva che *mens sana* non potesse esistere che *in corpore sano;* e in conseguenza non dava alcuna forza alle disposizioni di ultima volontà prese sul letto di morte, e pensava che al difetto del corpo dovesse corrispondere un'insufficienza dello spirito. Come in tutte le società primitive i deboli, quelli che avevano un vizio perpetuo del corpo, sordi, muti, ciechi, che non potevano prestare il servizio militare, alla stessa guisa dei neghittosi e dei vili, non godevano dei diritti politici, non essendo membri dell'esercito, e avevano una limitata capacità giuridica. Condannati ad attendere colle donne ai servizi domestici, vivevano in perpetua tutela, non potevano sposarsi, non avevano alcun diritto ereditario o, se l'avevano, era limitato e i loro beni erano amministrati dai parenti. I colpiti dalla lebbra erano poi riguardati come morti civilmente (§ 135). Ma presto l'azione del diritto romano si fece sentire; e si modificò l'antico principio nel senso che l'incapacità intellettuale non dovesse essere supposta sui difetti del corpo ma dovesse risultare da prove esterne, e così ritenevasi che la persona la quale non più rettamente parla, non possa nemmeno in altro modo manifestare la sua volontà e fare atto valido (Liutp. 6). Così il vizio della mente la vinceva su quello corpo-

rale, e da quello e non da questo misurarono in seguito le leggi italiane la capacità giuridica. Anche pei lebbrosi la legislazione carolingia non parlò mai di morte civile nè li privò di alcun diritto. Soltanto però il diritto feudale, pel carattere militare del feudalismo e per essere in esso essenziale la prestazione del servizio militare, mantenne il principio che acquisto di feudi e successione feudale non potessero toccare che a chi era corporalmente capace: il vizio del corpo assimilò a quello della mente.

CAPO IV.

INFLUENZA DELLA RELIGIONE SULLA CAPACITÀ GIURIDICA.

142 (I cattolici — Gli ecclesiastici (*)). Per la natura dei rapporti fra Stato e Chiesa — rapporti di unione fra i due poteri — i soli che nel medio evo e nei tempi moderni fin ai giorni nostri erano nella pienezza dei diritti politici e civili, erano i cattolici. Cominciò il diritto romano imperiale, dopo la conversione, a stabilire una legislazione eccezionale per quelli che non seguivano il cristianesimo. Ma pei Germani nel concetto loro della libertà individuale andava compreso anche quello della tolleranza, la quale praticarono come comportavano lo stato delle idee e la civiltà. I Borgognoni e i Visigoti ariani si mostrarono tolleranti verso i cattolici, e se le popolazioni germaniche cattoliche, come i Franchi e i Vandali fecero guerre di sterminio agli Ariani e riprodussero le persecuzioni degli imperatori romani contro quelli che professavano diversa religione, queste guerre avevano piuttosto uno scopo politico. Vera intolleranza religiosa sorse coi Franchi i quali fondarono degli Stati confessionali in cui tutti quelli che professavano religione diversa erano esposti alle severità di legge; i loro re, come pure quelli dei Longobardi, si riguardavano come capi della gerarchia ecclesiastica, bandivano i sinodi, presiedevano i concilii, promulgavano i canoni e avevano ingerenza diretta e indiretta in tutto ciò che riguardava la Chiesa, la sua disciplina ed organizzazione, compresa la nomina del papa e dei vescovi (1).

(*) **Bibliografia.** — Loening, *Gesch. d. deut. Kirchenrechts*, II, 1818, 284-316; Thomassinus, *De vet. et nova disciplin. eccles.*, II, lib. 3, c. 109-114; III, lib. 1, c. 33-47; De Marca, *Concordia sacerd. et imperii*, 1708; Morini, *Dizion. di erudiz. eccles.*; Pertile, § 96; Fitting, *Peculium castr.*, 507-519; Campanilis, *De privil. cleric.*, 1620.

---

(1) Sullo Stato e Chiesa nel regno longobardo v. Salvioli, *Le giurisdizioni speciali nella storia del dir. ital.*, I, parte 2ª, *La giurisdi-*

I due poteri si davano la mano; lo Stato non conosceva che una religione: la cattolica; ma ciò non vuol dire che i re germanici mettessero la Chiesa sopra lo Stato, l'autorità sacerdotale sopra l'ordinamento politico. La Chiesa apparve ai Germani come una funzione della vita pubblica che perciò dovesse essere subordinata allo Stato; donde la partecipazione dei re ai concilii, alla nomina dei vescovi, ecc., donde il loro intervento in materia ecclesiastica e per far rispettare l'autorità della Chiesa. Sia che chiamassero i vescovi a far parte del governo e della redazione delle leggi, come i Visigoti, i Franchi e gli Alemanni, sia che si mantenessero, come i Longobardi, uno stato strettamente laico, i Germani non furono favorevoli alla potestà ecclesiastica, nè le cedettero i diritti dello Stato; non separarono i due poteri, ma immaginarono uno stato di cose in cui la Chiesa divenuta nazionale, era sotto la diretta ingerenza del potere centrale e subordinata alla costituzione politica. Quindi non troviamo privilegi pei chierici nel periodo germanico: la sola distinzione era quella di avere un guidrigildo più elevato in confronto dei liberi. Erano tenuti al giuramento di sudditanza come gli altri, pagavano le imposte e le contribuzioni militari e soddisfacevano tutti gli altri obblighi verso lo Stato. Soltanto all'VIII secolo furono esonerati dal servizio militare, dal dovere di intervenire alle assemblee e di essere tutori. Non ebbero privilegi di foro (1), nè come ordinamento normale, tutte quelle esenzioni ed immunità che godevano nel diritto romano.

Ma il lavoro assiduo della Chiesa fu diretto a ripristinare questi privilegi e rimettere in vigore le immunità concesse ai chierici dagli imperatori: e a tale scopo introdusse la massima che i chierici erano romani, non soggetti alle leggi nazionali ma alla legge romana (§ 31) che erano *milites* (*milites Dei*) e che dovevano avere tutti i privilegi che il diritto romano largiva ai *milites sæculi* (Fitting); e cercò accreditare l'opinione che anche negli stati germanici specialmente sotto i Franchi, questi privilegi erano sempre stati osservati, fabbricando e divulgando leggi e documenti apocrifi elaborati nei conventi di Francia (collezione dello Pseudo Isidoro, di Benedetto Levita (§ 36), di Angilramno). Così dopo il 1000, approfittando anche del disordine politico di quei periodi, si trovò quasi fissato inavvertitamente un regime eccezionale pei chierici nel diritto pubblico e giudiziario, esenzioni dalle imposte, privilegio di foro, distinzione di ogni genere, le quali per opera

---

zione delle chiese prima del mille, 1884, p. 104 segg. E pel Regno franco Loening e Weyl, *Frank. Staatskirchenrecht*, ecc., 1888.

(1) Dove, 1856; Sohm, *Zeit. f. Kirchenrecht*, IX; Salvioli, *Giurisdizioni speciali*, I, 79-177; Richter, *Kirch. R.*, 8 ed., 1844, p. 741 segg.

delle compilazioni canoniche divennero diritto comune in tutti gli Stati d'Europa. In Italia però al sec. XII il foro ecclesiastico era appena agli inizii e con una competenza molto limitata (1).

Nell'Italia settentrionale sotto i comuni e le signorie, nell'Italia meridionale sotto gli Svevi e gli Angioini, i chierici non pagarono le collette e angarie che in casi straordinarii, furono esonerati dai servizi militari ed ebbero foro speciale per le cause civili e criminali. Ma spesso i Governi reagirono contro le esorbitanti pretese della Chiesa e dei chierici i quali volevano che i privilegi e le immunità loro fossero goduti anche dalle loro famiglie, cosicchè metà dei sudditi non avrebbero pagato imposte, e sottoposero gli ecclesiastici, come pure i beni delle chiese, alla fondiaria e alle tasse di importazione e di esportazione (così gli Spagnuoli in Sicilia). Il che era causa di gravi attriti fra la Curia e il Governo che sospettoso dell'onnipotenza clericale e per rappresaglia vi ordinava l'esclusione dei chierici dalle cariche, li trattava come forestieri, annullava le compre e donazioni loro fatte, li sottoponeva ai tribunali ordinarii (così a Vercelli, Firenze, Venezia, Padova, nei sec. XIII e XIV). A Napoli un concordato del 1741 restrinse le immunità: e quelli del 1808 e 1818 eguagliarono davanti al fisco i beni dei chierici, dei seminarii e parrocchie, e quelli dei laici, e stabilirono la metà della tassa per quelli delle chiese. In Toscana si ebbe nel 1516 una parziale abolizione di questo privilegio, ma la completa non venne che sotto Leopoldo I. Tutti gli Stati italiani tra il XVI e il XVIII sec. avevano con imposte di vario nome e più o meno dissimulate colpito i beni dei chierici o i provvedimenti straordinarii convertiti in ordinarii. Al contrario nessuna opposizione incontrarono le altre esenzioni, quella dalla milizia (sancita anche dalla legge piemontese del 1857, ma abolita in Italia nel 1871), dalla tutela, cura, ecc. Le curie ecclesiastiche abolite in Toscana nel 1784, lo furono nel napoletano nel 1808; in Sicilia ristrette nel concordato con Benedetto XIV, caddero colle costituzioni del 1812 e 1848 (2), in Piemonte nel 1856 colla legge Siccardi, a Roma col 20 settembre. In Lombardia gravi colpi ebbero tutti i privilegi degli ecclesiastici da Maria Teresa e da Giuseppe II.

Fino alla rivoluzione francese il clero in Italia rappresentava un ordine potente accanto al feudale con cui trovavasi ordinariamente alleato. Essendo finanziariamente ultrapotente, anche se qualche suo privilegio era stato travolto dal progresso dei tempi, rispettato alle corti, dominante in mezzo alla pressochè universale

(1) Sculte, *Z. Gesch. d. Lit. üb. das Decret Gratians*, I, 1870, p. 22,

(2) Scaduto, *Stato e Chiesa sotto Leopoldo*, I, 1885, 239 seguenti; *Stato e Chiesa nelle due Sicilie*, 1887, §§ 22-25, 27 e 28.

profonda ignoranza, aveva tal posizione che non potevano scuotere alcuni provvedimenti, per lo più inconseguenti e dissonanti colla politica generale.

143. Ma se avevano dei privilegi, incorrevano ancora in incapacità dipendenti dal precetto apostolico che chi serve Dio non deve mischiarsi in negozi secolari. Questa massima òbliata generalmente al medio evo ebbe però sempre qualche influenza e più l'acquistò col risorgere del diritto romano dove trovavasi vietato agli ecclesiastici esercitare la magistratura e cariche pubbliche. Nei Comuni un ecclesiastico non poteva essere podestà o giudice: a Napoli e in Sicilia non poteva essere magistrato nemmeno nelle terre di chiesa, nè notaro, nè esercitare l'avvocatura se non nelle cause proprie, degli affini, della chiesa o dei poveri, nè avere feudi. Per diritto canonico non poteva esercitare il commercio. Il clero regolare poi era colpito da una maggiore incapacità dipendente dalla professione di voto (§ 135), la quale scomparve solo coll'abolizione degli ordini religiosi (legge 1867).

144 (Gli eretici (*)). L'intolleranza religiosa che la Chiesa trasfuse nella legislazione imperiale degli ultimi tempi, non penetrò nelle leggi dei Germani. Presso questi popoli l'eresia non fu mai delitto di ordine pubblico (Loening): e gli stessi Franchi che al tempo di Carlomagno furono i paladini della podestà pontificia, non la riguardarono come un reato punibile per sè, non diedero all'anatema ecclesiastico effetti civili, ma si limitarono a proibire agli eretici l'esercizio pubblico dei loro culti. Questa misura del resto era sufficiente perchè sotto i Carolingi non vi furono eretici: il cattolicismo non aveva che a lottare contro il paganesimo che si era mantenuto fra le plebi; e condannarlo era di competenza della Chiesa, nè richiedeva il braccio secolare. Invece la severità dei Capitolari era contro gli scomunicati i quali erano privati dei beni se entro un anno non si emendavano, e banditi dalla società se persistevano. La Chiesa voleva che si assimilasse la scomunica alla perdita della pace, alla proscrizione pubblica, e che l'una traesse dietro sè l'altra. Fu Gregorio VII che nel 1079 mitigò il rigore e permise trattare collo scomunicato e sostentarlo, ma nulla innovò nella loro capacità giuridica. Verso il 1000 si eccentuano da parte del potere civile le persecuzioni. Ottone III pose Catari e Patareni

---

(*) **Bibliografia.** — Havet, *L'hérésie et le bras séculier au m. a. jusqu'au XIII s. Biblioth. de l'Ecole des Chartes*, 1880, p. 488-517, 570-607; Loening, II, 41, seg.; Ficker, *Gesetzliche Einführung d. Todesstrafe für Ketzerei Mitth. d. inst. f. oester. Gesch.*, 1880, I, 177-220; Laveleye, pref. a Lord Acton, *Hist. de la liberté dans l'antiquité et le christ.*, 1878; Cantù, *Gli eretici in Italia*, 1865, cap. 5; Rignano, *Eguaglianza civile e libertà dei culti*, 1868; Pertile, § 100.

al bando dell'impero: Federico I nel 1184 ordinò che gli eretici fossero spogliati dai benefizii e poi consegnati ai vescovi che li dannassero al fuoco. Queste disposizioni incrudirono e si fecero generali nel sec. XIII, durante il quale parve che i Governi volessero attuare le minaccie del Conc. Laterano, 1215, secondo cui i beni degli eretici e dei loro fautori dovevano essere confiscati, gli eretici esterminati, i fautori dichiarati infami, incapaci di essere testimoni, di stare in giudizio, di fare testamento, di coprire pubbliche cariche. Erano riprodotte le disposizioni del diritto romano, nella loro truce durezza. Federico II rincarò la dose mettendo al bando anche i fautori e parificandoli agli eretici nelle punizioni; applicando il rigore del braccio secolare anche contro gli scomunicati, che disse infami e incapaci di tutti i diritti e onori se entro l'anno non si emendavano; e dichiarando gli uni e gli altri e i figli loro privi di capacità giuridica, colpiti di morte civile. D'allora l'eresia divenne reato pubblico e tale fu considerato dagli statuti e in avanti fino a noi: ma in pratica si usava la possibile tolleranza, come il provano il propagarsi di molte sètte e dottrine riformiste a Lucca, Ferrara, Siena, ecc., e la scarsa influenza della inquisizione in Italia. Ma nelle leggi e nei libri era scritto che l'eretico fosse privato delle cariche e dei benefizi, fosse infame, perdesse la patria podestà, la facoltà di testare e di succedere, che i figli degli eretici non potessero ereditare, le donne perdessero la dote e i relativi privilegi. E nel sec. XIII-XIV anche agli scomunicati si minacciava egual trattamento. Nemmeno la conversione o l'ammenda servivano a parificarli ai cattolici, ma restavano sempre *irregulares*, cioè in una posizione inferiore.

Venezia precesse gli altri Stati nella tolleranza: poi venne il Piemonte che nel sec. XVIII per speciali accordi concesse ai Valdesi equo trattamento, rimeritandone il patriottismo, permettendo loro di andare ove volevano, libero l'esercizio del culto entro i limiti del territorio loro assegnato, e pieno fra questi limiti il diritto di ereditare e di acquistare e, sempre entro questi, lecito esercitare professioni liberali: ma al di là dei confini delle valli natìe erano pur essi colpiti di incapacità, esclusi dal possedere immobili e dai pubblici uffici. La completa eguaglianza civile dei culti non si ebbe che collo statuto del 1848. In tutto il resto d'Italia salvo l'interruzione della rivoluzione francese, l'incapacità civile e politica e l'indegnità alle cariche pubbliche per fatto di eresia durò fino al 1860.

145 (Gli Ebrei (*)). Anche gli ebrei furono colpiti di eguale

(*) **Bibliografia**. — Muratori, diss. 16; Di Giovanni, *L'ebraismo della Sicilia*, 1748; Scaduto, *Stato e Chiesa nelle Due Sicilie*, 493-508; Depping, *Les Juifs dans le m. âge*, 1844; Bedaridde, *Les Juifs*

incapacità, senza interruzione, per tutto il medio evo. La legge di Teodosio II che aveva dichiarato gli ebrei incapaci di coprire qualsiasi carica pubblica, divenne nell'impero franco legge comune. A queste si aggiunsero altre incapacità di ordine civile, come il divieto di sposare cristiane e di posseder servi cristiani. Tuttavia erano riguardati come liberi, sebbene nelle leggi mai si accenni al guidrigildo degli ebrei e sebbene poco rispetto si facesse di questa loro libertà, perchè non mancano esempi di re franchi i quali li fecero battezzare per forza. Non vivevano secondo il loro diritto perchè per essi, come pei forestieri, non vigeva il principio della personalità delle leggi; solo nei negozii fra loro era tollerato l'uso del diritto ebraico e al giudizio dei rabbini erano lasciate le cause loro: ma le cause criminali e le civili fra ebrei e cristiani erano decise dalla *lex loci* germanica o romana secondo quella che dominava (1). Siccome poi i tribunali ordinari non davano loro sufficiente garanzia ed essi non avevano sicurezza alcuna pei loro beni e le loro persone; così per mettersi al sicuro da questi mali, domandavano ai re franchi carte di mundio che assicuravano una protezione efficace: e per tal via sotto i Carolingi si formò un diritto speciale di protezione per gli ebrei, in virtù del quale erano riguardati come servi del fisco, difesi nelle persone e nei beni contro ogni attacco ingiusto, abilitati a esercitare ovunque il commercio, esentati dalle imposte e da dazii, e autorizzati a comprare e vendere schiavi (*mancipia peregrina*), a tener servi cristiani, a essere giudicati coi riti processuali ebraici e secondo il loro diritto personale. In cambio pagavano alla camera imperiale speciali imposte.

Questo diritto di protezione introdotto dai Carolingi perdurò per tutto il medio evo, da peculiare si tramutò in generale, fu elevato a teoria, e divenne il fondamento della posizione giuridica degli ebrei e dei loro rapporti col potere civile. Difatti, mentre il diritto pubblico imperiale si mise d'accordo coi canoni nel vietare qualunque relazione con essi, e proibì di accoglierli, soccorrerli,

---

en France, Italie, Espagne, 1859; Endemann, *Studien in der roman. kanon. Wirthschaftslehre*, II, 1883; Stobbe, *Die Juden in Deutschl. wahrend Mittelalter*, 1866; Pertile, § 99; Loening, II, 51 segg.; Waitz, II, 270 IV, 44, 237; Laurent, *La feodalité et l'Eglise*, 476-494; Beugnot, *Les Juifs d' Occident*, 1824; Esler, *Archiv. f. kath. Kirchenrecht*, XLI, XLIV, XLVIII; Brunner, § 35; Rignano, *Uguag. civile* (per il Piemonte), 1-5; Lagumina, *Cod. Diplom. dei Giudei di Sicilia*, I, 1884.

---

(1) Così Brunner e Klimrath, *Travaux sur l'histoir du droit fran.*, I, 405. Invece Waitz e Loening credono che vivessero secondo la legge romana.

d'altra parte li riguardò quali servi dello Stato, *in servitute quasi publica* in forza della quale trovavansi sotto la protezione o l'avvocazia dell'imperatore: e quindi si dissero *servi camerae imperialis* e in Sicilia servi della Regia Corte (1321). Questo diritto di protezione fu una regalìa, e come tutte le regalìe fu venduto o concesso alle città e ai signori territoriali dall'imperatore assieme agli utili che fruttava: ed i concessionarii, per aumentare questi utili, la convertirono in una protezione temporanea che accordavano a prezzo d'oro e ritiravano quando volevano; e molto più fruttava la sospensione del privilegio poichè da quel momento gli ebrei ritornavano servi, incapaci di possedere e quindi soggetti a confisca di tutti i loro beni. Tale è la dottrina di S. Tomaso che li dice servi della Chiesa, privi del diritto di possedere e di acquistare, perchè gli schiavi nulla hanno di proprio. Le quali parole servivano a giustificare le spogliazioni sommarie che città e governi facevano di essi. E tale è pure la dottrina dei canonisti pei quali gli ebrei dovevano essere soggetti ai cristiani *tamquam servi* (*servitus de jure canonico*); e non mancano giuristi che affermano si possano gli ebrei sempre cacciare e spogliare per causa giusta (Oldrado); e alcuni aggiungevano che come servi di principi non potevano avere patria potestà ed era lecito al sovrano prendere i figli loro per battezzarli.

Per tutto il medio evo fino ai giorni nostri gli ebrei hanno abitato nelle città italiane in forza di concessioni temporanee e di speciali privilegi che però non estendevano mai loro il diritto comune. Essi non facevano parte del consorzio civile e politico: erano tollerati e pagavano con un censo annuo questa protezione o *mano regia* (come si diceva a Roma dove durò fino al 1870). Per essa ottenevano il diritto di acquistare e vendere, di tenere fondachi, di esercitare l'usura e la medicina, di essere citati in giudizio secondo le formalità legali, di essere inviolabili nel domicilio se i creditori volevano penetrarvi (*refugium domus*). Tutto dovevano acquistare a caro prezzo, e in certe città d'Italia perfino il permesso di sposarsi fra loro, volendo le popolazioni estinguere col celibato la razza ebraica. I figli nati da genitori sposatisi senza permesso erano illegittimi. Quando la somma era sborsata, e gli ebrei avevano dall'usura e dal commercio accumulate grandi ricchezze mobiliari e immobiliari, i Governi ritenevano lecito annullare i privilegi, confiscare i loro beni, assolvere i loro creditori e cacciarli in massa; per poi richiamarli allo scopo di rianimare il commercio e per ricacciarli quando avevano accumulato nuove ricchezze. E nelle città non tanto per le leggi quanto per costume erano colpiti da una specie di infamia, dovevano portare un segno sulle vesti e sulla porta della casa (ordinato da Innocenzo III nel

Concilio del 1215), abitare in luoghi segregati, non aver servi e balie cristiane. Inoltre la Chiesa aveva sovra essi diritti giurisdizionali e in molti luoghi i vescovi erano i loro giudici.

Generalmente non potevano possedere terre nè case: e ciò facevasi sia per escluderli dai diritti politici basati sul possesso fondiario, sia per sopprimere la loro concorrenza e ogni accaparramento per mezzo di mutui usurarii, e per correttivo dell'usura stessa loro permessa. Se avessero potuto aspirare alla proprietà fondiaria, temevasi che, colle altissime usure, questa sarebbe in gran parte passata nelle loro mani a soddisfazione dei loro crediti ipotecarii o no. Non potevano quindi che fittare case; e a Roma godevano di un *jus inquilinatus* (*jus gazzagà*), pel quale le pigioni loro non potevano essere aumentate, nè espulsi dalle case che erano loro dal Governo assegnate per abitazione. Poi fu concesso di potere comperar case nei loro ghetti. Non potevano esercitare quelle arti o professioni che fossero proprie di corporazioni, non prescrivere contro un cristiano, non accusarlo nè deporre contro lui; non fare l'avvocato, non avere gradi accademici. Per lui non l'equità, ma il rigore della legge. Il solo privilegio che godeva, era di esercitare l'usura, permessagli dalle leggi civili, non dalle canoniche (Endemann), perchè come disse Federico II, il suo peccato non importava, e come ripeteva Scaccia « l'ebreo è morto e perduto ed è inutile pensare alla sua salute ».

La prima volta che gli ebrei furono cacciati d'Italia fu nell'855, da Lodovico II. Ma piuttosto che le espulsioni in massa, divennero più frequenti le confische generali, dacchè Filippo il Bello ne diede l'esempio in Francia nel 1306. In Sicilia la loro posizione fu sempre precaria: dietro pagamento di un'imposta speciale (gisia), avevano ottenuto grazie e privilegi; erano esclusi dagli ufficii pubblici, dal testimoniare contro un cristiano; il loro guidrigildo era metà di quello di un cristiano; non potevano convivere con cristiani; dovevano umili servizii a Corte, doni di cera alle chiese, viatico agli inquisitori; dovevano assistere alle funzioni e alle prediche dei cristiani. Dietro donativi ottennero nel 1447 il diritto di possedere immobili e venderli; nel 1450 il permesso di esercitare medicina. Fino dal sec. XII portavano il segno (un mantello quadrangolare, e dopo il 1366 una rotella rossa sul petto), e nel 1395 fu istituito a Palermo un Custode del segno o Revisore della Rotella rossa; e il segno imponevasi anche nel 1695 e nel 1728, quando si invitavano gli ebrei a venire in Sicilia a negoziare. Il ghetto fu obbligatorio in Sicilia dopo il 1312. Federico II li sottopose alla giurisdizione del vescovo, ma nel 1321 furono messi sotto i tribunali ordinarii. Anche nel sec. XV i vescovi pretendevano aver un diritto sulle loro successioni. Furono scacciati di Sicilia nel 1492, da Napoli nel 1539, spogliandoli di tutto e concedendo soltanto una piccola sovvenzione pel viaggio. Nel 1695, 1728, 1740 furono pubblicati inviti perchè tornassero a Messina e a Napoli,

sperando che colla loro venuta fiorisse il commercio: si promettevano salvacondotti, privilegi di foro, ecc. Pochi andarono a Napoli, nessuno a Messina, ma il governo borbonico visto che la loro venuta non faceva rifiorire il commercio, li ricacciava poco dopo.

Una parte delle misure prese contro gli ebrei derivano da disposizioni pontificie, ma spesso anche alcuni papi (Onorio III, Giovanni XXII, Martino V) si fecero intermediarii presso i Governi perchè non li oltraggiassero e non li forzassero a convertirsi. Anche a Roma pagavano la protezione della mano regia con gravi censi. Paolo IV vietò ogni commercio con loro, li separò nel ghetto, li obbligò a portare il segno, vietò che fossero chiamati col titolo di *Don*, e che possedessero immobili. Pio V li bandì dallo stato ecclesiastico, eccetto da Roma e da Ancona. Sisto V, 1586, li ammise ad abitare ovunque, eccetto nelle ville, ad esercitare ogni arte o traffico (eccetto di commestibili): abolì il segno, li autorizzò ad avere sinagoghe, feste, riti, a servirsi dei notai e dei procuratori cristiani; regolò i loro banchi di pegno; vietò di farli schiavi nei viaggi. Ma poco dopo Clemente VIII ripristinò il divieto di abitare nello Stato, eccetto a Roma, Ancona, Ferrara, Pesaro, ecc.; Innocenzo XI vietò che esercitassero l'usura; Innocenzo XIII che trafficassero di cose nuove, ma solo di cenci (disposizione abrogata da Benedetto XIV nel 1740). I regolamenti di Clemente VIII durarono fino al 1798 e risorsero dopo il 1814. Leone XII autorizzò gli ebrei a possedere immobili ma entro il ghetto: e mise una tassa di emigrazione del 2 1|2 per cento sul valore dei capitali degli ebrei che emigravano. Dipendevano in tutto dal tribunale dell'inquisizione.

Nelle altre parti d'Italia la legislazione contro gli ebrei si era in qualche punto mitigata. In Toscana nel 1593, in Piemonte nel 1648, in Lombardia sotto Maria Teresa e Giuseppe II, si era concesso agli ebrei libertà di mercatura, di istruzione, di testare, con giurisdizione dei rabbini nelle loro cause disciplinari, con speciale giurisdizione civile. Ma giammai eguaglianza. Erano tenuti a imposte speciali, erano esclusi dalla magistratura, dall'avvocatura, dal notariato, dalla mercatura di generi di prima necessità, dall'insegnamento e dall'esercito. Qualche volta abilitati all'esercizio della medicina. Nel Lombardo-Veneto al 1853 fu ripristinato il divieto di possedere terre. Erano chiusi nei ghetti da cancelli che si aprivano all'alba e si chiudevano al tramonto. E lì dentro vivevano in corporazioni, regolate dalla Bibbia e dal Talmud sotto la giurisdizione civile dei rabbini.

Le leggi francesi del 1789 e 1791 che emanciparono gli ebrei, li assimilarono agli altri cittadini, con eguali diritti civili; e rinnovate nel Cod. Napol. ebbero breve applicazione in Italia: perchè dopo il '15 la diseguaglianza tornò come prima, salvo l'abolizione del segno, del divieto di esercitare arti; ma restò conservata la proibizione a possedere immobili, ad avere carica alcuna, a frequentare l'università (Patenti sarde). Fu il Piemonte il primo che, pubblicato lo statuto, con leggi 29 marzo e 19 giugno 1848 riconobbe negli israeliti la capacità al godimento dei diritti civili ed al con-

seguimento dei gradi accademici, li dichiarò soggetti alla leva, e riconobbe in essi il diritto di aspirare alle cariche civili e militari. Solo poi coll'unificazione fu estesa l'eguaglianza dei cittadini a tutta Italia e furono abrogate le secolari eccezioni derivanti dalle differenze dei culti pel godimento dei diritti civili e politici.

CAPO V.

GLI ORDINI SOCIALI — I. I LIBERI (*).

146. I Germani diedero alle diseguaglianze sociali un'estensione che non si era mai avuto nell'antichità: essi distinsero gli uomini in tante classi secondo l'origine, il sangue, la ricchezza, la condizione sociale, la posizione del coltivatore o del possessore verso la terra: e ad ogni classe diedero diritti diversi. Essi portarono nel mondo l'istituzione più nemica ad ogni livellazione sociale, il feudalismo, e i concetti e gli effetti di questo modo di dividere la società durarono lungamente. Il medio evo è tutto germanico per lo spirito di diseguaglianza che vi domina; e germanico fu l'evo moderno in quella parte di diseguaglianza di cui non riescì a spogliarsi che tardi. I nostri comuni anche nella maggiore applicazione che fecero della libertà, non compresero l'idea dell'eguaglianza: o erano repubbliche di popolani od oligarchie di nobili. Ogni maggiorente e ogni consorteria appena conquistata la libertà politica, invece di parteciparla agli altri che ne erano privi, ambirono signoreggiarli, farne dei sudditi, mai degli eguali. Adoperarono ogni arte per convertire il circuito di una fattoria o di un castello in un territorio di stato sovrano. Dalla signoria dei conti o vescovi si passò a quella collettiva dei collegi di mercanti o di artigiani i quali avevano le loro necessità cui soddisfecero con provvedimenti antidemocratici e in senso non favorevole all'eguaglianza.

L'idea politica e civile dell'eguaglianza è entrata nel mondo moderno grazie la rivoluzione francese. Prima di essa in Italia alcuni re riformatori, non compresi dalle masse ed anzi mal visti, fecero qualche passo verso la libertà e la emancipazione degli oneri

---

(*) **Bibliografia**. — Oltre le opere citate al cap. IV, parte I: Muratori, diss. 13; Grimm, 281 e segg.; Schupfer, *Ordini sociali*, pag. 39 e segg.; *La società milanese all'epoca del risorgimento del comune*, *Archivio giurid.*, 1870; Heusler, § 39; Waitz, II-IV; Guérard, *Polyptique d'Irminon*, I, 199-474; Inama-Sternegg, *Wirthschaftsgesch*, I, 18, 229, 260. E inoltre le opere di Maurer, Lamprecht, Cibrario, Gregorio, Bianchini, *Storia economica e civile di Sicilia*, 1841, I, pag. 123 e segg.; Granier Cassagnac, *Hist. des classes ouvrières et bourgeoises*; Doniol, *id.*; Sismondi; Eskine May, *La democrazia in Europa*, trad. 1884, cap. VII.

ed ordini feudali; ma nulla o quasi per l'eguaglianza. Le caste erano troppo forti e non ne toccarono i privilegi: il concetto dell'eguaglianza non era nelle idee correnti e nei costumi: clero, nobili e villani c'erano e vi dovevano essere perchè li aveva messi Dio. Quegli stessi re o i loro successori quasi spaventati abrogarono in un'ora il lavoro riformatore di anni; e all'89 la libertà e l'eguaglianza in Italia erano come in pieno medio evo sì amico delle differenze ordinate. Fu la letteratura francese (Rousseau) che inaugurò l'apostolato per l'eguaglianza, lo celebrò come l'ideale dell'avvenire, stigmatizzò ogni distinzione come un'iniquità ereditaria. L'89 e il 91 fecero dell'eguaglianza la legge fondamentale dell'umanità, abolirono i privilegi, elevarono i borghesi allo stesso rango della nobiltà e del clero. L'eguaglianza doveva regnare ovunque, nella società e nel diritto civile. Fu rivendicata al nome della giustizia; fu identificata con essa: si fece astrazione da ogni differenza di nascita, di razza, di professione, di educazione. I Francesi si entusiasmavano più per l'eguaglianza che per la libertà. Senza la rivoluzione francese l'eguaglianza non sarebbe entrata nei nostri costumi e nelle nostre idee: e fino al nostro risorgimento, cioè fino a che prevalsero le antiche idee ostili a quel moto, l'eguaglianza non era ancora perfetta nei nostri codici. Oggi tutti sono eguali davanti all'imposta, alla giustizia, alla coscrizione, agli impieghi, all'esercizio dei diritti civili e politici.

147. La distinzione degli ordini sociali era presso i Germani essenzialmente determinata dall'origine, e ciò per l'importanza che essi annettevano al sangue. La parte principale e precipua della nazione era formata da quelli che erano di nascita ingenua. Sopra questi stavano i nobili, sotto i servi e tutta la classe dei dipendenti.

Lo stato dei liberi (detti *ingenui*, *liberi*, *franci*, *barigildi*, *exercitales*, *arimanni*) è lo stato dei nati liberi o di quelli pienamente manumessi, sia che coltivassero terre proprie sia che fossero nel servizio del re, sia che possedendo allodi proprii, fossero sotto l'avvocazia di una chiesa. I soli liberi godevano la pienezza del diritto popolare, perchè la libertà era condizione per prendere parte alle assemblee, esercitare diritti sul suolo della comunità, stare in giudizio, giurare, avere un guidrigildo, proseguire la vendetta, sedere giudice nei tribunali, portare le armi, avere l'onore. Essi soli avevano diritto al possesso fondiario, così chè chi non possedeva, non era, malgrado il suo rango personale, completamente libero (Zimmerle). Presto i mutamenti economici e sociali che seguirono le invasioni e la varia distribuzione della ricchezza, introdussero fra i liberi stessi delle gradazioni dipendenti dall'estensione del possesso (*primi*, *meliores* — *mediocres*, *mediani* — *minoflidi*, *minores* — *pauperes*), producendo conse-

guenze politiche e civili, come accrescendo il guidrigildo dei primi e dando al giuramento degli ultimi minor valore. Ma solo i primi grandi colpi, a cui seguì la sua trasformazione, la classe dei liberi li ebbe sotto i Carolingi, quando per effetto di molteplici cause si mutò la base dell'antico ordinamento economico e sociale dei Germani. Accresciuti i diritti politici della nobiltà e dei maggiori proprietari, questi e quella, colla forza di attrazione che esercita il potere politico, il rango sociale e la ricchezza, si misero nelle loro mani gran parte del suolo, spogliando i piccoli proprietarii e riducendoli alla miseria. Inoltre le riforme introdotte nell'ordinamento militare avevano fatto sì che la libertà cessasse di essere un onore per divenire un onere, tanti erano i gravami di cui le leggi colpivano i liberi: dal che nasceva una tendenza a fuggire la classe, come una volta i curiali cercavano disertare la propria curia. I piccoli proprietarii furono in tal modo costretti ad abbandonare le loro terre per la grande miseria in cui si trovavano, causata dal sistema penale delle composizioni e dagli ordinamenti militari e finanziari rovinosi pei piccoli e pei deboli. Cosicchè mentre i grandi proprietarii si erano elevati tanto da confondersi coi nobili, i liberi poveri discesero d'altrettanto finchè quasi inavvertitamente andarono a confondersi coi liti, coi manumessi, coi coloni. La grande proprietà fondiaria aveva rovinato la libertà (Inama-Sternegg). Allora, siccome la proprietà era elemento essenziale della libertà, ed era anzi divenuta la base della vita politica, questi liberi poveri non apparvero più come liberi interamente, meno furono apprezzati come testimonii, non eletti allo scabinato e alle magistrature, meno considerati e regolati con norme speciali per l'eribanno. Questi concetti sopravissero alla dominazione franca, e il misurarsi della capacità giuridica, specie in riguardo alla testimonianza, sul criterio della ricchezza, perdurò anche in epoca tarda.

La condizione dei liberi peggiorò ancora come il feudalismo si affermò. Nelle terre feudali scomparvero gli arimanni e non vi furono che vassalli, dipendenti, persone nel mundio del signore, i quali da questo avevano ricevuto terre a coltivare a condizione di vassallaggio e di fedeltà, o avevano accettato la condizione di ministeriali o avevano forzatamente posto i loro beni e persone sotto la guardia dei potenti, obbligandosi al servizio militare verso questi, che così ottenevano una forza pronta alla difesa della signoria. La diminuzione dei liberi era fin sotto i Carolingi arrivata a tal punto che questi cercarono, ma con mezzi inefficaci, di impedirla: alla fine del mille tutti gli arimanni delle campagne erano passati sotto un conte laico od ecclesiastico, non divenendo servi ma facendo getto di qualche brandello di loro libertà.

Non restavano quasi più uomini di mediocre stato pienamente

liberi della persona e possessori di terre egualmente franche da ogni obbligazione verso i potenti. Per cui mentre da un lato venivano alleggeriti i pesi della servitù e diventava migliore la condizione dei servi, gli uomini liberi, sparsi nel territorio, caddero in uno stato di quasi servitù. Processo singolare di livellamento che mentre innalzava l'infima classe della popolazione, abbassava quella dei liberi, il cui diritto fu già l'indipendenza della persona e della proprietà e che ora avevano perduta e l'una e l'altra: ma nello stesso tempo serviva al trionfo della libertà quando scomparso il feudalismo, non si trovò innanzi che una sola classe, quella dei dipendenti, i quali tutti passarono nella classe dei liberi; e così gli infimi, i servi approfittarono dei rivolgimenti politici per elevarsi, senza che si avesse più riguardo alla loro antica origine.

Nelle città figuravano ancora dei liberi (*boni homines, seniores civitatis*) che avevano piena libertà e completa capacità giuridica, accanto ai *curiales* che avevano una libertà ristretta, agli *ingenui* e *pauperes* ai quali pure la mancanza di una proprietà scemava la pienezza del diritto di liberi. I soli *boni homines* erano giudici e scabini e compivano altre funzioni pubbliche (Schupfer). Tutti questi col tempo si fusero in aggregazioni cittadine, sotto il nuovo nome di *cives* senza distinzione di nazionalità e di nascita, assieme ai *milites*, e fondarono il comune. Questo che fu reazione di plebi contro il feudalismo, rigettò i criterii dell'origine, della ricchezza e delle distinzioni feudali. I servi che colla fedeltà e il coraggio potevansi innalzare a gradi considerevoli nella gerarchia feudale, trovaronsi, se ammessi nelle corporazioni delle arti, in città, a fianco ai liberi e fatti per questo titolo partecipi della vita civile. Erano tutti *cives;* e tutti quelli che avevano giurato la compagna, furono protetti dalla legge.

E i comuni del nord e del centro d'Italia, poi quelli del sud (nel sec. XIV) estesero la libertà anche a quei ceti di rustici che nella gerarchia feudale eransi chiamati *viles, inferiores* e che coltivavano terre altrui, come coloni, fittaioli, ecc. Li fecero liberi, li battezzarono col nome di *homines:* ma non li trattarono da pari, perchè li tennero in una condizione inferiore a quella dei *cives* e li ordinarono in separati comuni rurali (*universitas hominum*) soggetti al Comune cittadino. La libertà loro era tutta politica perchè potevano intervenire in giudizio, possedere, e avevano guidrigildo: ma per la loro posizione civile essi erano piuttosto dei semiliberi, legati al suolo se non più dalla legge, certo da contratti che i Comuni non avevano sciolto e invece avevano disciplinato anche pei liberi comitatini: erano dei *fideles* di qualche chiesa o signore verso cui eran tenuti a prestazioni e servizii personali (v. § 163): il che non toglieva che fossero parte del Comune quanto ai diritti e ai

doveri politici. E anche questi comitatini potevano divenire *cives*, cioè completamente liberi, se si fabbricavano una casa in città e vi abitavano per alcuni mesi dell'anno. I comuni interessati ad accrescere il numero dei cittadini e indebolire le forze dei signori del contado, accordavano facilmente la cittadinanza ai comitatini e ai coloni, che d'allora abbandonavano l'agricoltura e si davano al commercio.

Ma come nelle città crebbero le ricchezze, si riprodussero le diseguaglianze a danno della libertà. La parte ricca della cittadinanza si aggruppò in una consorteria (*popolo grasso*), distinta da quelli che esercitavano le piccole industrie e professioni (*minores, pauperes*, popolo minuto) e dai contadini (rustici, paesani, *oppidani, forenses*) politicamente soggetti al comune, ma non ammessi a godere che una piccola cittadinanza. I ricchi formarono la classe dirigente, il partito politico in possesso di tutti i diritti e i privilegi: gli altri erano i *mali cives*, che avevano tutti i pesi, dovevano pagare le colte, le collette e le angarie; e in cambio ricevevano pochi vantaggi: — un vero quarto stato che discese sempre più nel fondo della scala politica quanto più si affermava il predominio delle grandi famiglie e il comune volgeva a decadenza per trasformarsi in signorìa, ma che ebbe anche i suoi momenti di potere sia direttamente (Tumulto dei Ciompi) sia indirettamente quando i nuovi signori per reggersi contro il popolo grasso e la nobiltà, si appoggiarono sui popolani, dei quali però presto si sbarazzarono. Organizzato fortemente esso tenne testa per un pezzo alle oligarchie dei potenti, specialmente in Toscana, e diresse contro essi amari colpi nei momenti in cui potè prevalere. Ma finì per soggiacere: alla sua distruzione politica seguì il raffermarsi delle signorìe e delle repubbliche aristocratiche: ed allora non ebbe più parte nella vita politica fino ai giorni nostri. Le monarchie italiane del sec. XVII-XVIII basate sull'aristocrazia lo vilipesero fino al punto di punire con 50 scudi di multa chi delle persone impiegate in abbietti servizii avesse portato il semplice predicato di *signore*, che era permesso solo a chi viveva civilmente o esercitava qualche arte o impiego civile (Legge per la Lombardia 1769).

148. In Sicilia, nelle parti occupate dagli Arabi, la libertà restò privilegio di quei possessori i quali pel tributo fondiario che pagavano ai dominatori, ritennero i loro beni come liberi allodii. Sotto i Normanni questi possessori si dissero *borgesi*, nome che si applicò anche a tutti gli uomini liberi abitanti nelle città e nei villaggi a differenza dei rustici che nelle campagne abitavano. La condizione del borgese era riputata di maggiore estimazione di quella del rustico, perchè tra quelli sceglievansi coloro che erano mandati dal comune a qualche spedizione militare, il che facevali paragonare ai

militi, ossia ai nobili, anzi erano abilitati a poter testimoniare fin contro i conti, ed avevano ingerenza nel governo del loro comune.

Nell'Italia meridionale i liberi crebbero per opera di Federico II, pei suoi provvedimenti che assicuravano agli abitanti delle città demaniali il libero possesso. Gli Angioini trascurarono i liberi per i grandi: e sotto il loro dominio la prepotenza di molti feudatarii giunse a tal punto di obbligare i liberi proprietarii a presentare i titoli di possesso dei loro allodii, sotto pena di perder questi quando non li avevano. Si voleva applicare il principio dominante in Francia che ogni terra si presume signoriale (*nulle terre sans seigneur*) e che ogni uomo non era libero se non provava la sua libertà. E in quei tempi di arbitrii e colla debolezza del potere centrale, gli uomini demaniali cioè coltivanti terre della corona o abitanti nei demanii regii, erano sempre esposti a ciò. Nel sec. XV i baroni napoletani traevano i più grandi proventi non solo dalle gravezze e da condominii che esercitavano sui poderi dei vassalli, ma ancora dai divieti di esercitare i diritti civili e di esercitare qualche industria, se gli abitanti liberi di diritto non pagavano speciale tassa. E parve grande innovazione il decreto di Ferdinando I del 1482 che autorizzò chiunque a Napoli di esercitare qualsiasi arte o mestiere, di affittar case, alloggiar persone, aprir taverne, vendere e comprare: decreto d'altra parte che i baroni resero inapplicato per le rappresaglie che minacciavano, per l'impotenza del re, pel difetto di sicurezza pubblica.

In tutta Italia poi la libertà era ancora diminuita dai sistemi economici protezionisti, dalle corporazioni e loro privilegi. Nessuno poteva espatriare, pena la confisca, volendo i sovrani mantenere popolati i loro Stati (Costit. estensi 1771): nessuno aveva libera facoltà di esercitare quell'arte che voleva; monopolii spettanti ai privati, a certe caste e famiglie, tasse e matricole che tenevano Governo e corporazioni, inceppavano in mille modi l'esplicazione della libertà. E residuo di antichi pregiudizii e perchè alcuni diritti pubblici erano inerenti al possesso fondiario (in Italia però assai meno che in Germania) durò lo sfavore pei contadini, tanto che nel 1495 videsi la città di Napoli domandare e ottenere da Ferdinando I, vietare agli agricoltori di comprar fondi e mettere per condizione che i compratori dovessero essere cittadini e di illustre nascita. Coll'abolizione di tutte queste pastoie avvenuta sul finire del secolo passato, la libertà fece un gran passo; tutti ottennero l'eguaglianza di fronte alla legge, tutti ebbero eguali diritti civili e non furono più accolte le differenze che il feudalismo aveva creato pel matrimonio fra persone di diversa origine, ecc. (1).

---

(1) Gohrum, *Gesch. Darstel. d. Lehre v. Ebenbürtigkeit*, I, 1-160.

Questa libertà di stato, libertà fisica ed economica, non fu però completata che ai giorni nostri colle libertà di pensiero, di associazione, di stampa sancite dal nostro Statuto.

CAPO VI.

II. I NOBILI (*).

149. Anche l'antica nobiltà germanica, come gli altri ordini sociali, dovè, sotto l'azione di molteplici cause politiche ed economiche connesse alla invasione, modificarsi. Una di queste cause fu il sorgere dei monarcati, davanti ai quali l'aristocrazia gentilizia fu costretta a piegarsi e finì per scomparire o per essere assorbita nella nuova aristocrazia cui era prerogativa non la nascita ma l'onore di servire il re; e tal onore l'innalzava sopra le altre classi. Questa rivoluzione è dovuta ai Franchi: essi la estesero a tutt'Europa, assieme alle istituzioni di vassallaggio e di feudo.

La nobiltà moderna è di origine germanica, non nel senso che le famiglie nobili dei moderni Stati abbiano tratto origine dal tempo delle invasioni, ma in quello del concetto che la informa. Del resto la nobiltà romana degli *honestiores* e dei *clarissimi*, mantenutasi in Italia anche sotto la dominazione ostrogota (Dahn), fu distrutta dai Longobardi, e spente ne furono anche le sue tradizioni. Nel suo posto si svolse il sistema germanico della nobiltà di sangue ed ereditaria. Presso essi si avevano delle *praecipuæ prosapiæ* e dei nobili (*adalingi, primi, nobiles*) fra cui contavansi alcuni discendenti da famiglie che avevano dato dei re al popolo. Era questa una nobiltà più antica dell'introduzione della monarchia e che si manteneva indipendente dal potere regio. La sua esistenza è dimostrata da quei passi delle Leggi in cui parlasi di un diverso apprezzamento dei liberi secondo la loro *nobilitas* o *generositas* (1). In questa graduazione i *primi* formavano l'uno estremo nella scala della libertà, e i *minimi* l'altro. I *primi* erano l'antica nobiltà, la no-

(*) **Bibliografia.** — Oltre le opere cit. al § 21: Roth v. Schreckenstein, *Ritterwürde u. Ritterstand*, 1886; Zallinger, *Ministeriales u. Milites*, 1878, 43-55, 77, 103; Ficker, *Heerschilde*, 1862; *Reichsfürsterstände*, I, 1861; *Memoriale della consulta araldica*, Roma, 1873; Crollalanza, *Encicl. araldico-cav.*, 1877; Pertile, § 95; Schupfer, *Società*, 17-77.

(1) Hegel nega l'esistenza di una nobiltà di sangue presso i Longobardi. L'ammettono invece Waitz, Maurer, Gaupp, *Ansiedlung*, 137; Schupfer. Si noti che i nobili ufficiali sono distinti dai gasindi, designazione solo personale. I gasindi avevano un guidrigildo diverso secondo la diversa posizione di essi nel servizio regio.

biltà di nascita, sulla quale la monarchia fece presto sentire la sua influenza contrapponendole una nobiltà di funzionarii, aristocrazia politica dipendente dal re, in gran parte in possesso dei ducati e dei latifondi, la quale traeva il suo prestigio non dall'origine nè dalla ereditarietà che mancava, ma dall'ufficio di cui era investita e dall'essere nel gasindiato dei re. Anche essa fu compresa sotto il nome di *primi*, ed ebbe il guidrigildo dei nobili antichi (300 soldi), godeva di grande considerazione che valutavasi poi per tutti dal numero delle persone (*gasindi*) che si mettevano nell' « obsequium » o servizio loro, invocandone la protezione.

Sotto i Carolingi si smarrì vieppiù il concetto della nobiltà antica di sangue e le file sue furono ricomposte da una nobiltà nuova fatta di grandi proprietarii, di potenti, e di grandi ufficiali, i quali avevano per loro principale onore e funzione, il servizio militare. I *meliores* dei liberi, ossia i più ricchi, tanto si alzarono da confondersi coi nobili. E questa nobiltà che aveva nelle sue mani accentrato il possesso fondiario, crebbe in potenza coi benefizii che ottenne dai re, e parve un'invincibile casta, come strappò al potere regio (1000) l'ereditarietà dei benefizii e delle cariche. Tosto per natura delle cose, siccome eranvi vassalli maggiori e vassalli minori, cioè grandi feudatarii investiti di cariche regie e rilevanti direttamente dal re ed altri con minori cariche e dipendenti da grandi vassalli, così si fece una gerarchia fra questa aristocrazia maggiore e la minore. Alla fine del sec. XI, al sommo della scala stavano i *principes terrae*, *capitanei* o *valvassores maiores seu regis*, cioè i *duces*, *marchiones*, *comites*, e poi i *valvassores minores*, cioè i *nobiles*, o liberi signori e infine una terza grande classe composta dei *ministeriales*, *domini*, *milites*, *populares* o *valvassini*. Tali differenze di classi erano costituite dal possesso feudale, dall'importanza e carattere del feudo e dell'ufficio.

I *principes terrae* erano quelli che possedevano signorie territoriali od ufficii regii. Più tardi fu tal nome assunto anche da quelli che non erano direttamente investiti dal re, ma da un *capitaneus* (Ficker). Essi avevano giurisdizione patrimoniale e feudale, sempre per le cause civili, spesso anche per le criminali; avevano diritto di eleggere i consoli e i decani delle terre, canovai, gastaldi, campai; esercitavano quasi tutte le regalìe. I valvassori erano quelli che tenevano terre da un principe o da una chiesa, ed erano pure in possesso dei diritti signoriali e giurisdizionali. I militi erano quelli che per avere prestato ad un signore della nobiltà superiore o al re servizio a cavallo per più generazioni, avevano acquistato una nobiltà gentilizia di ultimo grado.

Il particolare distintivo dei *milites* era il *cingulum militare* che era sempre segno di onore speciale e dava privilegi giuridici

e sociali personali, anche se non si aveva feudi. Quest'ultima circostanza diede nelle terre dell'impero nel XII e XIII sec., grande diffusione all'ordine dei *milites*, che finì per divenire un titolo onorifico ereditario (1).

In Italia poi i militi e i valvassini ebbero gran parte nella formazione del comune e posero quindi la maggior energia nell'abbattere gli altri due ordini, i quali difatti perdettero i diritti di signoria e giurisdizione sui feudi posti entro le terre del comune e l'ereditarietà delle funzioni. Ma non perdettero i privilegi del sangue, in virtù della quale, sebbene eguali agli altri cittadini nell'esercizio dei diritti civili e politici, stretti come erano anche essi in una consorteria, coll'aiuto della borghesia grassa, che anche allora aspirava ad avere distinzioni nobiliari, e a confondersi colla aristocrazia del sangue, esercitarono qualche ascendente e contribuirono alla formazione di quelle signorie che poi spensero il comune.

Così scomparso il governo repubblicano, trovaronsi ancora in piedi entro le città alcuni avvanzi degli antichi *principes terrae* o *capitanei*, i quali avevano capitolato col comune ed erano venuti ad abitare entro le mura cittadine, spogli di ogni giurisdizione; e le file di questa nobiltà antica furono ripopolate dagli alti officiali dell'impero, nobiltà di funzioni, e da altri favoriti dell'imperatore, che ricevevano il titolo senza la carica (nobiltà di titolo). Queste due classi di nobiltà crebbero assai nel periodo delle signorie e a dismisura sotto le dominazioni straniere. Gli Spagnuoli che portarono nel mondo la fatuità dei titoli e diedero alle distinzioni un carattere ridicolo, fecero della vendita dei titoli nobiliari un cespite di finanza. Fu quotato quanto costava la corona di duca, di marchese, di conte e di barone. Buona parte della nobiltà italiana trae sue origini in questo periodo e da questo modo.

Nell'Italia meridionale si avevano parimenti tre classi di nobili: i conti, i baroni e i militi. Quest'ordine nobiliare era composto dei soli possessori di feudi, siccome essi soli componevano tutto lo stato militare; per la qual ragione avevano grande importanza anche nell'ordine politico, e nei loro dominii avevano d'ordinario per concessione sovrana, l'amministrazione della bassa giustizia. Il milite, ossia il semplice feudatario, era apprezzato il doppio del borghese; il barone il doppio del milite, il conte il doppio del barone. La baronia constava di più feudi, e gli investiti di essi erano i militi, i quali dovevano seguire il barone come loro capo in tutte le spedizioni militari e riputavano questo come superiore nella corte feudale. Il barone poi potendo essere per concessione sovrana, il magistrato naturale del suo vassallaggio, amministrava anche un officio nello

(1) Fitting, *Das peculium castrense*, 506; Ficker, *Heerschilde*, 143.

Stato, onde consideravasi, nella sua persona, una dignità che non poteva arrogarsi il semplice milite. Il conte era il capo naturale di molti baroni e militi, ed era la prima dignità dello Stato. Nel Piemonte queste tre categorie di nobili chiamavansi baroni, banderesi e vassalli.

È stato detto che l'aristocrazia è necessaria nella monarchia (Montesquieu), ed è certo che dopo il seicento le monarchie italiane, dal Piemonte alla Sicilia, non riposarono che sull'aristocrazia che accrebbero di privilegi, prerogative e onori, e fecero il primo ceto e il nerbo dello Stato. Esse trasformarono anche la nobiltà, basandola non più solo sul possesso allodiale, e sulla nascita, ma anche sul merito e sulla concessione o favore regio. Così mentre nel medio evo, nobile era solo chi possedeva un feudo, e feudo, servizio militare e nobiltà erano espressioni equipollenti, dopo il medio evo fino al secolo XVIII, molte terre allodiali furono fatte nobiliari, e nobilitati i possessori di esse, chiunque fossero e in qualunque modo le avessero avuto: furono concedute lettere di nobiltà e fu creata una nobiltà di *piuma* o di *penna*, o di *roba*, in favore dei militi della scienza (*militia inermis*), cioè dei dottori e magistrati. Si ebbero così diversi ordini di nobiltà: 1. La nobiltà generosa o magnatizia formata dalle famiglie possidenti da lungo tempo un feudo, o ammesse da tempo quasi immemorabile tra i nobili di una città o discendenti da alcuno che avesse meritato con generose azioni, nella carriera delle armi, della toga, della Chiesa, quell'onorifica distinzione; 2. La nobiltà di privilegio formata da coloro che per meriti personali erano elevati ad alte dignità nella milizia, nella curia, nella corte; 3. La nobiltà legale, composta di quelli che potevano dimostrare per tre generazioni, un'esistenza decorosa, o di avere coperto cariche importanti; 4. La nobiltà di toga che era personale (1), ma che diveniva ereditaria, se il padre, il figlio e il nipote avevano avuto carica nella magistratura (editto per la Lombardia, 1769; per Napoli, 1774). Ognuna di queste classi formava un ordine, un corpo; aveva i suoi distintivi, i suoi regolamenti, i suoi privilegi, che difendevano con gelosia — privilegi che li accompagnavano in vita e anche quando andavano al capestro — aveva i suoi titoli, e severamente punivasi chi li usurpava. Ogni città e ogni ordine avevano i suoi *Libri d'oro*, in cui scrivevasi il nome delle famiglie nobili, e questi libri furono, nella seconda metà del 700, tenuti da speciali commissioni araldiche. Vi era infine una nobiltà personale, quella inerente alle cariche pubbliche

(1) Bartolo dice che il dottore è nobile, e se legge per 20 anni è conte palatino. Nel 1301 a Bologna i dottori andavano coi primi ranghi della nobiltà. Al secolo XV si dicevano nobili solo i dottori di fama, non i dottorelli. Fitting, *Peculium castrense*, 548-564.

e di corte, dotata più di distinzioni nel cerimoniale, che di vere prerogative; e un'altra nobiltà, quella derivante dagli ordini cavallereschi. In Toscana quelli che per 200 anni avevano goduto di una nobiltà semplice, potevano entrare, mediante diploma, nel patriziato.

Nel Piemonte fino alla rivoluzione francese, dominava la nobiltà: era di origine feudale, ad essa la carriera militare, le alte funzioni civili e giudiziarie. Esercitava ancora diritti di giurisdizione, regalia di caccia, di pesca, banalità di molini, forni, ecc. Vittorio Amedeo cominciò col fare dei feudi, cespiti erariali; in poco più di 70 anni si venderono 819 patenti di nobiltà per 11 milioni di lire. Nel Napolitano, i patrizii avevano nelle mani l'amministrazione interna: essi davano i sindaci o i baglivi. La più antica e potente formava un'oligarchia pericolosa, organizzata in *seggi*, attorno alla quale stavano altre famiglie nobili, che aspettavano di essere aggregate per cooptazione. I Vicerè d'Austria e i Borboni cercarono di abbatterla, tenendola alla corte, secondo l'esempio di Luigi XIV; e avvolgendola in liti forensi. Al XVIII sec. la scissero coll'introdurre fra essa dei ricchi mercanti. A Roma la nobiltà col clero era tutto; essa pure era di origine sacerdotale, frutto del nepotismo; nel 1746 Benedetto XIV disponeva che ad onore del ceto nobile e a garanzia dello Stato, le cariche municipali dovessero essere coperte da nobili soltanto; non si entrava nel ceto delle famiglie coscritte, se non provando una nobiltà di 200 anni nella famiglia del padre e della madre, dell'avo paterno e ava materna. La nobiltà genovese era formata da quelle famiglie, che dai tempi più antichi avevano dato dei podestà o dei consiglieri del podestà; organizzata negli *Alberghi* e potentissima come era, formò una coalizione così solida da rimovere dal potere e da tutte le cariche, chi non fosse nobile. Questo potere gli fu contrastato dall'elemento popolare, ma sempre per poco. Nel 1580 la nobiltà degli Alberghi fu trascritta nel libro d'oro, e così rimase fino all'occupazione francese del 1797. Da quell'epoca il libro d'oro si chiuse, cessò ogni partecipazione della nobiltà al governo, la nobiltà decadde. A Modena nel 1816 obbligavansi i nobili ad accettare le onorevoli incombenze delle cariche e delle magistrature, perchè erano prerogativa loro. In tutta Italia la nobiltà era il partito dominante, una casta che sfruttava a suo beneficio governo e Stato, anche laddove viveva colla maggiore bonomia fra le popolazioni.

Con tutto ciò l'aristocrazia italiana non ha che una parte secondaria nella nostra storia. Essa non ha avuto la vitalità e l'energia dell'aristocrazia inglese; e quindi come fu privata delle sue prerogative feudali, come fu soppressa la inalienabilità dei patrimonii, avversa per tradizione e per malinteso sentimento di fierezza all'attività industriale e commerciale, è caduta da noi senza rumore e senza scosse, nell'ombra della eguaglianza sociale. Le leggi che abolirono la feudalità, mantennero i titoli; quello di barone restò per indicare indistintamente tutti i possessori di beni feudali. Anche lo Statuto del 1848 dichiarò mantenuti i titoli nobiliari.

150. Il diritto nobiliare, ossia la legge che stabiliva i caratteri e le prerogative della nobiltà, il modo di acquisto e di trasmissione dei titoli, è connesso col diritto feudale, anzi con esso restò confuso fino all'abolizione del feudalismo. Queste norme sono tutte consuetudini che poi la giurisprudenza elaborò (1), sono tradizioni locali formatesi in seno agli ordini (*mos magnatum;* diritto di Capuana e Nido a Napoli) od anche leggi di principi, ma generalmente scarse e solo dei sec. XVII, XVIII e XIX.

Indipendentemente dalla nascita, la nobiltà si acquistava coll'esercizio di certe cariche pubbliche per due, tre ed anche quattro generazioni, e delle professioni liberali, specialmente della avvocatura e magistratura. Anche l'*ordo clericalis* nobilitava. Il commerciante non poteva divenir nobile, se non dopo 30 anni dacchè aveva cessato di commerciare. Solo nel secolo passato (Lombardia 1760), si tolse quest'eccezione, per chi avesse commerciato all'ingrosso in lana e seta, e anzi a Napoli (1757), si diede la nobiltà a chi aveva da due generazioni esercitato siffatto commercio. Il commercio per sè avviliva e faceva perdere la nobiltà (eccetto a Firenze, Genova, Venezia); e si disputava se la farmacia, la chirurgia, e il notariato fossero professioni disdicevoli o no colla nobiltà. Nel 1750 una legge toscana decise che il commercio all'ingrosso, le grandi industrie, l'esercizio della medicina, avvocatura, magistratura e delle arti belle, non toglievano la nobiltà: ma che degradavano l'esercente e la discendenza sua il vendere al minuto, la chirurgia, la farmacia, il notariato e le professioni meccaniche. — I matrimonii ignobili non toglievano nobiltà nè all'uomo, nè alla donna nobile, nè ai discendenti (ma a Napoli fu sanzionata nel 1800 l'incompatibilità della nobiltà coi matrimonii indegni). Soltanto la donna nobile durante il matrimonio era della condizione del marito. — Degradava anche la discendenza il reato di lesa maestà; per gli altri delitti puniti con pena infamante, solo il reo e la sua discendenza postuma al delitto, erano radiati dai libri d'oro. Nemmeno la grazia (salvo a Napoli) ripristinava la nobiltà. Quella perduta per reato si riacquistava dietro un grande servizio reso allo Stato o al sovrano: quella perduta per impieghi degradanti, dopo 10 anni di esistenza decorosa (Legge di Lucca, 1826). Per norma generale era il padre che trasmetteva la nobiltà, e solo per eccezione la donna (il ventre) nobilitava. Erano i figli legittimi che succedevano nei titoli. Nel passato i privilegi politici della nobiltà erano quelli proprii del feudalismo, che si riassumono:

(1) Tiraquellus, *De nobilitate;* Malleolus (1444), *De nobilitate et rusticitate*; Turtureta, *Horae subsecivae de nobil. gentil.;* De Luca, *De praeminentiis;* Burgermeister, *Biblioth. equestris;* Struvius, *Biblioth. eroica.*

esercizio dei diritti sovrani, fiscali, giurisdizionali, nei beni feudali o patrimoniali. Inoltre avevano un diritto speciale di successione e riserve nel diritto matrimoniale e privilegi di foro e di procedura ed eccezioni anche nel diritto penale; non erano carcerati per debito, non torturati, non condannati a pene infamanti, come la forca (ma alla decapitazione). E poi insegne, scudi, armi, motti, divise, baldacchini, e precedenza avanti tutti. Ad essi le cariche e i posti di corte: anzi a corte avevano una deputazione permanente. Nel 1823 il duca di Parma dichiarava che le prerogative dei nobili consistevano nel farsi chiamare nobili, nell'aver stemmi e livree, nel poter essere ammessi a corte, alle adunanze dei nobili, agli uffici cavallereschi, nell'istituire primogeniture, nel godere le usate preminenze, diritti, onori, ecc. Quanta differenza fra le due epoche e qual posizione aveva la nobiltà perduto nell'intervallo! Fino alle leggi abolitive dei fedecommessi, ogni famiglia nobile poteva considerarsi come una personalità giuridica, un consorzio, un'associazione corporativa dei soli maschi, la quale con propria autonomia dipendeva dal capo della casa che aveva diritto sui discendenti e spesso per patti di famiglia anche sugli agnati (1). Tale carattere essa lo traeva dall'inalienabilità e indivisibilità dei patrimoni (da perpetuarsi nella linea maschile); così la famiglia si manteneva in forza e potere e nella sua continua interezza attraverso le generazioni, poteva supporre di rappresentare una somma di interessi comuni. Questa forma di famiglia non restò che in Germania per le famiglie mediatizzate.

CAPO VII.

III. SCHIAVI E SERVI (*).

151. Al momento delle invasioni la condizione dei servi presso i Germani divenne più infelice e scomparvero anche i mitigamenti

(*) **Bibliografia.** — Muratori, diss. 14; Potgiesser, *De statu servorum;* Martene, *Thes. anecd.*, I; Liruti, *De servis medii aevi*, nelle *Symbolae literar.*, IV, 1752; Biot, *De l'abolition de l'esclavage ancien en Occident*, 1840; Rivière, *L'église et l'esclavage*, 1864; Hefele, *Sclaverei u. Christenthum*, 1864; Cibrario, *Della schiavitù e del servaggio*, 1868; Larroque, *De l'esclavage chez les nations chrétien.*, 1860; Yanoscki, *Abolition de l'esclavage ancien au m. a. et de sa transformation en servitude de la glèbe*, 1860; Salvioli, *Le giurisdiz. spec.*, I, p. 7-47; Garsonnet, *Hist. d. locat. perpet.*, p. 269, 292; Pertile, § 87, 90, 91; Waitz, I, 219, IV, 354; Brunner, § 14, 30;

(1) Beseler, *Lehre v. Erbverträge*, II, 2, § 15-17; Gierke, I, 412 e segnenti.

d'altra parte li riguardò quali servi dello Stato, *in servitute quasi publica* in forza della quale trovavansi sotto la protezione o l'avvocazia dell'imperatore: e quindi si dissero *servi camerae imperialis* e in Sicilia servi della Regia Corte (1321). Questo diritto di protezione fu una regalìa, e come tutte le regalìe fu venduto o concesso alle città e ai signori territoriali dall'imperatore assieme agli utili che fruttava: ed i concessionarii, per aumentare questi utili, la convertirono in una protezione temporanea che accordavano a prezzo d'oro e ritiravano quando volevano; e molto più fruttava la sospensione del privilegio poichè da quel momento gli ebrei ritornavano servi, incapaci di possedere e quindi soggetti a confisca di tutti i loro beni. Tale è la dottrina di S. Tomaso che li dice servi della Chiesa, privi del diritto di possedere e di acquistare, perchè gli schiavi nulla hanno di proprio. Le quali parole servivano a giustificare le spogliazioni sommarie che città e governi facevano di essi. E tale è pure la dottrina dei canonisti pei quali gli ebrei dovevano essere soggetti ai cristiani *tamquam servi* (*servitus de jure canonico*); e non mancano giuristi che affermano si possano gli ebrei sempre cacciare e spogliare per causa giusta (Oldrado); e alcuni aggiungevano che come servi di principi non potevano avere patria potestà ed era lecito al sovrano prendere i figli loro per battezzarli.

Per tutto il medio evo fino ai giorni nostri gli ebrei hanno abitato nelle città italiane in forza di concessioni temporanee e di speciali privilegi che però non estendevano mai loro il diritto comune. Essi non facevano parte del consorzio civile e politico: erano tollerati e pagavano con un censo annuo questa protezione o *mano regia* (come si diceva a Roma dove durò fino al 1870). Per essa ottenevano il diritto di acquistare e vendere, di tenere fondachi, di esercitare l'usura e la medicina, di essere citati in giudizio secondo le formalità legali, di essere inviolabili nel domicilio se i creditori volevano penetrarvi (*refugium domus*). Tutto dovevano acquistare a caro prezzo, e in certe città d'Italia perfino il permesso di sposarsi fra loro, volendo le popolazioni estinguere col celibato la razza ebraica. I figli nati da genitori sposatisi senza permesso erano illegittimi. Quando la somma era sborsata, e gli ebrei avevano dall'usura e dal commercio accumulate grandi ricchezze mobiliari e immobiliari, i Governi ritenevano lecito annullare i privilegi, confiscare i loro beni, assolvere i loro creditori e cacciarli in massa; per poi richiamarli allo scopo di rianimare il commercio e per ricacciarli quando avevano accumulato nuove ricchezze. E nelle città non tanto per le leggi quanto per costume erano colpiti da una specie di infamia, dovevano portare un segno sulle vesti e sulla porta della casa (ordinato da Innocenzo III nel

Concilio del 1215), abitare in luoghi segregati, non aver servi e balie cristiane. Inoltre la Chiesa aveva sovra essi diritti giurisdizionali e in molti luoghi i vescovi erano i loro giudici.

Generalmente non potevano possedere terre nè case: e ciò facevasi sia per escluderli dai diritti politici basati sul possesso fondiario, sia per sopprimere la loro concorrenza e ogni accaparramento per mezzo di mutui usurarii, e per correttivo dell'usura stessa loro permessa. Se avessero potuto aspirare alla proprietà fondiaria, temevasi che, colle altissime usure, questa sarebbe in gran parte passata nelle loro mani a soddisfazione dei loro crediti ipotecarii o no. Non potevano quindi che fittare case; e a Roma godevano di un *jus inquilinatus* (*jus gazzagà*), pel quale le pigioni loro non potevano essere aumentate, nè espulsi dalle case che erano loro dal Governo assegnate per abitazione. Poi fu concesso di potere comperar case nei loro ghetti. Non potevano esercitare quelle arti o professioni che fossero proprie di corporazioni, non prescrivere contro un cristiano, non accusarlo nè deporre contro lui; non fare l'avvocato, non avere gradi accademici. Per lui non l'equità, ma il rigore della legge. Il solo privilegio che godeva, era di esercitare l'usura, permessagli dalle leggi civili, non dalle canoniche (Endemann), perchè come disse Federico II, il suo peccato non importava, e come ripeteva Scaccia « l'ebreo è morto e perduto ed è inutile pensare alla sua salute ».

La prima volta che gli ebrei furono cacciati d'Italia fu nell'855, da Lodovico II. Ma piuttosto che le espulsioni in massa, divennero più frequenti le confische generali, dacchè Filippo il Bello ne diede l'esempio in Francia nel 1306. In Sicilia la loro posizione fu sempre precaria: dietro pagamento di un'imposta speciale (gisia), avevano ottenuto grazie e privilegi; erano esclusi dagli ufficii pubblici, dal testimoniare contro un cristiano; il loro guidrigildo era metà di quello di un cristiano; non potevano convivere con cristiani; dovevano umili servizii a Corte, doni di cera alle chiese, viatico agli inquisitori; dovevano assistere alle funzioni e alle prediche dei cristiani. Dietro donativi ottennero nel 1447 il diritto di possedere immobili e venderli; nel 1450 il permesso di esercitare medicina. Fino dal sec. XII portavano il segno (un mantello quadrangolare, e dopo il 1366 una rotella rossa sul petto), e nel 1395 fu istituito a Palermo un Custode del segno o Revisore della Rotella rossa; e il segno imponevasi anche nel 1695 e nel 1728, quando si invitavano gli ebrei a venire in Sicilia a negoziare. Il ghetto fu obbligatorio in Sicilia dopo il 1312. Federico II li sottopose alla giurisdizione del vescovo, ma nel 1321 furono messi sotto i tribunali ordinarii. Anche nel sec. XV i vescovi pretendevano aver un diritto sulle loro successioni. Furono scacciati di Sicilia nel 1492, da Napoli nel 1539, spogliandoli di tutto e concedendo soltanto una piccola sovvenzione pel viaggio. Nel 1695, 1728, 1740 furono pubblicati inviti perchè tornassero a Messina e a Napoli,

sperando che colla loro venuta fiorisse il commercio: si promettevano salvacondotti, privilegi di foro, ecc. Pochi andarono a Napoli, nessuno a Messina, ma il governo borbonico visto che la loro venuta non faceva rifiorire il commercio, li ricacciava poco dopo.

Una parte delle misure prese contro gli ebrei derivano da disposizioni pontificie, ma spesso anche alcuni papi (Onorio III, Giovanni XXII, Martino V) si fecero intermediarii presso i Governi perchè non li oltraggiassero e non li forzassero a convertirsi. Anche a Roma pagavano la protezione della mano regia con gravi censi. Paolo IV vietò ogni commercio con loro, li separò nel ghetto, li obbligò a portare il segno, vietò che fossero chiamati col titolo di *Don*, e che possedessero immobili. Pio V li bandì dallo stato ecclesiastico, eccetto da Roma e da Ancona. Sisto V, 1586, li ammise ad abitare ovunque, eccetto nelle ville, ad esercitare ogni arte o traffico (eccetto di commestibili): abolì il segno, li autorizzò ad avere sinagoghe, feste, riti, a servirsi dei notai e dei procuratori cristiani; regolò i loro banchi di pegno; vietò di farli schiavi nei viaggi. Ma poco dopo Clemente VIII ripristinò il divieto di abitare nello Stato, eccetto a Roma, Ancona, Ferrara, Pesaro, ecc.; Innocenzo XI vietò che esercitassero l'usura; Innocenzo XIII che trafficassero di cose nuove, ma solo di cenci (disposizione abrogata da Benedetto XIV nel 1740). I regolamenti di Clemente VIII durarono fino al 1798 e risorsero dopo il 1814. Leone XII autorizzò gli ebrei a possedere immobili ma entro il ghetto: e mise una tassa di emigrazione del 2 1/2 per cento sul valore dei capitali degli ebrei che emigravano. Dipendevano in tutto dal tribunale dell'inquisizione.

Nelle altre parti d'Italia la legislazione contro gli ebrei si era in qualche punto mitigata. In Toscana nel 1593, in Piemonte nel 1648, in Lombardia sotto Maria Teresa e Giuseppe II, si era concesso agli ebrei libertà di mercatura, di istruzione, di testare, con giurisdizione dei rabbini nelle loro cause disciplinari, con speciale giurisdizione civile. Ma giammai eguaglianza. Erano tenuti a imposte speciali, erano esclusi dalla magistratura, dall'avvocatura, dal notariato, dalla mercatura di generi di prima necessità, dall'insegnamento e dall'esercito. Qualche volta abilitati all'esercizio della medicina. Nel Lombardo-Veneto al 1853 fu ripristinato il divieto di possedere terre. Erano chiusi nei ghetti da cancelli che si aprivano all'alba e si chiudevano al tramonto. E lì dentro vivevano in corporazioni, regolate dalla Bibbia e dal Talmud sotto la giurisdizione civile dei rabbini.

Le leggi francesi del 1789 e 1791 che emanciparono gli ebrei, li assimilarono agli altri cittadini, con eguali diritti civili; e rinnovate nel Cod. Napol. ebbero breve applicazione in Italia: perchè dopo il '15 la diseguaglianza tornò come prima, salvo l'abolizione del segno, del divieto di esercitare arti; ma restò conservata la proibizione a possedere immobili, ad avere carica alcuna, a frequentare l'università (Patenti sarde). Fu il Piemonte il primo che, pubblicato lo statuto, con leggi 29 marzo e 19 giugno 1848 riconobbe negli israeliti la capacità al godimento dei diritti civili ed al con-

seguimento dei gradi accademici, li dichiarò soggetti alla leva, e riconobbe in essi il diritto di aspirare alle cariche civili e militari. Solo poi coll'unificazione fu estesa l'eguaglianza dei cittadini a tutta Italia e furono abrogate le secolari eccezioni derivanti dalle differenze dei culti pel godimento dei diritti civili e politici.

CAPO V.

GLI ORDINI SOCIALI — I. I LIBERI (*).

146. I Germani diedero alle diseguaglianze sociali un'estensione che non si era mai avuto nell'antichità: essi distinsero gli uomini in tante classi secondo l'origine, il sangue, la ricchezza, la condizione sociale, la posizione del coltivatore o del possessore verso la terra: e ad ogni classe diedero diritti diversi. Essi portarono nel mondo l'istituzione più nemica ad ogni livellazione sociale, il feudalismo, e i concetti e gli effetti di questo modo di dividere la società durarono lungamente. Il medio evo è tutto germanico per lo spirito di diseguaglianza che vi domina; e germanico fu l'evo moderno in quella parte di diseguaglianza di cui non riescì a spogliarsi che tardi. I nostri comuni anche nella maggiore applicazione che fecero della libertà, non compresero l'idea dell'eguaglianza: o erano repubbliche di popolani od oligarchie di nobili. Ogni maggiorente e ogni consorteria appena conquistata la libertà politica, invece di parteciparla agli altri che ne erano privi, ambirono signoreggiarli, farne dei sudditi, mai degli eguali. Adoperarono ogni arte per convertire il circuito di una fattoria o di un castello in un territorio di stato sovrano. Dalla signoria dei conti o vescovi si passò a quella collettiva dei collegi di mercanti o di artigiani i quali avevano le loro necessità cui soddisfecero con provvedimenti antidemocratici e in senso non favorevole all'eguaglianza.

L'idea politica e civile dell'eguaglianza è entrata nel mondo moderno grazie la rivoluzione francese. Prima di essa in Italia alcuni re riformatori, non compresi dalle masse ed anzi mal visti, fecero qualche passo verso la libertà e la emancipazione degli oneri

(*) **Bibliografia.** — Oltre le opere citate al cap. IV, parte I: Muratori, diss. 13; Grimm, 281 e segg.; Schupfer, *Ordini sociali*, pag. 39 e segg.; *La società milanese all'epoca del risorgimento del comune*, *Archivio giurid.*, 1870; Heusler, § 39; Waitz, II-IV; Guérard, *Polyptique d'Irminon*, I, 199-474; Inama-Sternegg, *Wirthschaftsgesch*, I, 18, 229, 260. E inoltre le opere di Maurer, Lamprecht, Cibrario, Gregorio, Bianchini, *Storia economica e civile di Sicilia*, 1841, I, pag. 123 e segg.; Granier Cassagnac, *Hist. des classes ouvrières et bourgeoises*; Doniol, *id.*; Sismondi; Eskine May, *La democrazia in Europa*, trad. 1884, cap. VII.

ed ordini feudali; ma nulla o quasi per l'eguaglianza. Le caste erano troppo forti e non ne toccarono i privilegi: il concetto dell'eguaglianza non era nelle idee correnti e nei costumi: clero, nobili e villani c'erano e vi dovevano essere perchè li aveva messi Dio. Quegli stessi re o i loro successori quasi spaventati abrogarono in un'ora il lavoro riformatore di anni; e all'89 la libertà e l'eguaglianza in Italia erano come in pieno medio evo sì amico delle differenze ordinate. Fu la letteratura francese (Rousseau) che inaugurò l'apostolato per l'eguaglianza, lo celebrò come l'ideale dell'avvenire, stigmatizzò ogni distinzione come un'iniquità ereditaria. L'89 e il 91 fecero dell'eguaglianza la legge fondamentale dell'umanità, abolirono i privilegi, elevarono i borghesi allo stesso rango della nobiltà e del clero. L'eguaglianza doveva regnare ovunque, nella società e nel diritto civile. Fu rivendicata al nome della giustizia; fu identificata con essa: si fece astrazione da ogni differenza di nascita, di razza, di professione, di educazione. I Francesi si entusiasmavano più per l'eguaglianza che per la libertà. Senza la rivoluzione francese l'eguaglianza non sarebbe entrata nei nostri costumi e nelle nostre idee: e fino al nostro risorgimento, cioè fino a che prevalsero le antiche idee ostili a quel moto, l'eguaglianza non era ancora perfetta nei nostri codici. Oggi tutti sono eguali davanti all'imposta, alla giustizia, alla coscrizione, agli impieghi, all'esercizio dei diritti civili e politici.

147. La distinzione degli ordini sociali era presso i Germani essenzialmente determinata dall'origine, e ciò per l'importanza che essi annettevano al sangue. La parte principale e precipua della nazione era formata da quelli che erano di nascita ingenua. Sopra questi stavano i nobili, sotto i servi e tutta la classe dei dipendenti.

Lo stato dei liberi (detti *ingenui*, *liberi*, *franci*, *barigildi*, *exercitales*, *arimanni*) è lo stato dei nati liberi o di quelli pienamente manumessi, sia che coltivassero terre proprie sia che fossero nel servizio del re, sia che possedendo allodi proprii, fossero sotto l'avvocazia di una chiesa. I soli liberi godevano la pienezza del diritto popolare, perchè la libertà era condizione per prendere parte alle assemblee, esercitare diritti sul suolo della comunità, stare in giudizio, giurare, avere un guidrigildo, proseguire la vendetta, sedere giudice nei tribunali, portare le armi, avere l'onore. Essi soli avevano diritto al possesso fondiario, così chè chi non possedeva, non era, malgrado il suo rango personale, completamente libero (Zimmerle). Presto i mutamenti economici e sociali che seguirono le invasioni e la varia distribuzione della ricchezza, introdussero fra i liberi stessi delle gradazioni dipendenti dall'estensione del possesso (*primi*, *meliores* — *mediocres*, *mediani* — *minoflidi*, *minores* — *pauperes*), producendo conse-

guenze politiche e civili, come accrescendo il guidrigildo dei primi e dando al giuramento degli ultimi minor valore. Ma solo i primi grandi colpi, a cui seguì la sua trasformazione, la classe dei liberi li ebbe sotto i Carolingi, quando per effetto di molteplici cause si mutò la base dell'antico ordinamento economico e sociale dei Germani. Accresciuti i diritti politici della nobiltà e dei maggiori proprietari, questi e quella, colla forza di attrazione che esercita il potere politico, il rango sociale e la ricchezza, si misero nelle loro mani gran parte del suolo, spogliando i piccoli proprietarii e riducendoli alla miseria. Inoltre le riforme introdotte nell'ordinamento militare avevano fatto sì che la libertà cessasse di essere un onore per divenire un onere, tanti erano i gravami di cui le leggi colpivano i liberi: dal che nasceva una tendenza a fuggire la classe, come una volta i curiali cercavano disertare la propria curia. I piccoli proprietarii furono in tal modo costretti ad abbandonare le loro terre per la grande miseria in cui si trovavano, causata dal sistema penale delle composizioni e dagli ordinamenti militari e finanziari rovinosi pei piccoli e pei deboli. Cosicchè mentre i grandi proprietarii si erano elevati tanto da confondersi coi nobili, i liberi poveri discesero d'altrettanto finchè quasi inavvertitamente andarono a confondersi coi liti, coi manumessi, coi coloni. La grande proprietà fondiaria aveva rovinato la libertà (Inama-Sternegg). Allora, siccome la proprietà era elemento essenziale della libertà, ed era anzi divenuta la base della vita politica, questi liberi poveri non apparvero più come liberi interamente, meno furono apprezzati come testimonii, non eletti allo scabinato e alle magistrature, meno considerati e regolati con norme speciali per l'eribanno. Questi concetti sopravissero alla dominazione franca, e il misurarsi della capacità giuridica, specie in riguardo alla testimonianza, sul criterio della ricchezza, perdurò anche in epoca tarda.

La condizione dei liberi peggiorò ancora come il feudalismo si affermò. Nelle terre feudali scomparvero gli arimanni e non vi furono che vassalli, dipendenti, persone nel mundio del signore, i quali da questo avevano ricevuto terre a coltivare a condizione di vassallaggio e di fedeltà, o avevano accettato la condizione di ministeriali o avevano forzatamente posto i loro beni e persone sotto la guardia dei potenti, obbligandosi al servizio militare verso questi, che così ottenevano una forza pronta alla difesa della signoria. La diminuzione dei liberi era fin sotto i Carolingi arrivata a tal punto che questi cercarono, ma con mezzi inefficaci, di impedirla: alla fine del mille tutti gli arimanni delle campagne erano passati sotto un conte laico od ecclesiastico, non divenendo servi ma facendo getto di qualche brandello di loro libertà.

Non restavano quasi più uomini di mediocre stato pienamente

liberi della persona e possessori di terre egualmente franche da ogni obbligazione verso i potenti. Per cui mentre da un lato venivano alleggeriti i pesi della servitù e diventava migliore la condizione dei servi, gli uomini liberi, sparsi nel territorio, caddero in uno stato di quasi servitù. Processo singolare di livellamento che mentre innalzava l'infima classe della popolazione, abbassava quella dei liberi, il cui diritto fu già l'indipendenza della persona e della proprietà e che ora avevano perduta e l'una e l'altra: ma nello stesso tempo serviva al trionfo della libertà quando scomparso il feudalismo, non si trovò innanzi che una sola classe, quella dei dipendenti, i quali tutti passarono nella classe dei liberi; e così gli infimi, i servi approfittarono dei rivolgimenti politici per elevarsi, senza che si avesse più riguardo alla loro antica origine.

Nelle città figuravano ancora dei liberi (*boni homines*, *seniores civitatis*) che avevano piena libertà e completa capacità giuridica, accanto ai *curiales* che avevano una libertà ristretta, agli *ingenui* e *pauperes* ai quali pure la mancanza di una proprietà scemava la pienezza del diritto di liberi. I soli *boni homines* erano giudici e scabini e compivano altre funzioni pubbliche (Schupfer). Tutti questi col tempo si fusero in aggregazioni cittadine, sotto il nuovo nome di *cives* senza distinzione di nazionalità e di nascita, assieme ai *milites*, e fondarono il comune. Questo che fu reazione di plebi contro il feudalismo, rigettò i criterii dell'origine, della ricchezza e delle distinzioni feudali. I servi che colla fedeltà e il coraggio potevansi innalzare a gradi considerevoli nella gerarchia feudale, trovaronsi, se ammessi nelle corporazioni delle arti, in città, a fianco ai liberi e fatti per questo titolo partecipi della vita civile. Erano tutti *cives;* e tutti quelli che avevano giurato la compagna, furono protetti dalla legge.

E i comuni del nord e del centro d'Italia, poi quelli del sud (nel sec. XIV) estesero la libertà anche a quei ceti di rustici che nella gerarchia feudale eransi chiamati *viles, inferiores* e che coltivavano terre altrui, come coloni, fittaioli, ecc. Li fecero liberi, li battezzarono col nome di *homines:* ma non li trattarono da pari, perchè li tennero in una condizione inferiore a quella dei *cives* e li ordinarono in separati comuni rurali (*universitas hominum*) soggetti al Comune cittadino. La libertà loro era tutta politica perchè potevano intervenire in giudizio, possedere, e avevano guidrigildo: ma per la loro posizione civile essi erano piuttosto dei semiliberi, legati al suolo se non più dalla legge, certo da contratti che i Comuni non avevano sciolto e invece avevano disciplinato anche pei liberi comitatini: erano dei *fideles* di qualche chiesa o signore verso cui eran tenuti a prestazioni e servizii personali (v. § 163): il che non toglieva che fossero parte del Comune quanto ai diritti e ai

doveri politici. E anche questi comitatini potevano divenire *cives*, cioè completamente liberi, se si fabbricavano una casa in città e vi abitavano per alcuni mesi dell'anno. I comuni interessati ad accrescere il numero dei cittadini e indebolire le forze dei signori del contado, accordavano facilmente la cittadinanza ai comitatini e ai coloni, che d'allora abbandonavano l'agricoltura e si davano al commercio.

Ma come nelle città crebbero le ricchezze, si riprodussero le diseguaglianze a danno della libertà. La parte ricca della cittadinanza si aggruppò in una consorteria (*popolo grasso*), distinta da quelli che esercitavano le piccole industrie e professioni (*minores*, *pauperes*, popolo minuto) e dai contadini (rustici, paesani, *oppidani*, *forenses*) politicamente soggetti al comune, ma non ammessi a godere che una piccola cittadinanza. I ricchi formarono la classe dirigente, il partito politico in possesso di tutti i diritti e i privilegi: gli altri erano i *mali cives*, che avevano tutti i pesi, dovevano pagare le colte, le collette e le angarie; e in cambio ricevevano pochi vantaggi: — un vero quarto stato che discese sempre più nel fondo della scala politica quanto più si affermava il predominio delle grandi famiglie e il comune volgeva a decadenza per trasformarsi in signorìa, ma che ebbe anche i suoi momenti di potere sia direttamente (Tumulto dei Ciompi) sia indirettamente quando i nuovi signori per reggersi contro il popolo grasso e la nobiltà, si appoggiarono sui popolani, dei quali però presto si sbarazzarono. Organizzato fortemente esso tenne testa per un pezzo alle oligarchie dei potenti, specialmente in Toscana, e diresse contro essi amari colpi nei momenti in cui potè prevalere. Ma finì per soggiacere: alla sua distruzione politica seguì il raffermarsi delle signorìe e delle repubbliche aristocratiche: ed allora non ebbe più parte nella vita politica fino ai giorni nostri. Le monarchie italiane del sec. XVII-XVIII basate sull'aristocrazia lo vilipesero fino al punto di punire con 50 scudi di multa chi delle persone impiegate in abbietti servizii avesse portato il semplice predicato di *signore*, che era permesso solo a chi viveva civilmente o esercitava qualche arte o impiego civile (Legge per la Lombardia 1769).

148. In Sicilia, nelle parti occupate dagli Arabi, la libertà restò privilegio di quei possessori i quali pel tributo fondiario che pagavano ai dominatori, ritennero i loro beni come liberi allodii. Sotto i Normanni questi possessori si dissero *borgesi*, nome che si applicò anche a tutti gli uomini liberi abitanti nelle città e nei villaggi a differenza dei rustici che nelle campagne abitavano. La condizione del borgese era riputata di maggiore estimazione di quella del rustico, perchè tra quelli sceglievansi coloro che erano mandati dal comune a qualche spedizione militare, il che facevali paragonare ai

militi, ossia ai nobili, anzi erano abilitati a poter testimoniare fin contro i conti, ed avevano ingerenza nel governo del loro comune.

Nell'Italia meridionale i liberi crebbero per opera di Federico II, pei suoi provvedimenti che assicuravano agli abitanti delle città demaniali il libero possesso. Gli Angioini trascurarono i liberi per i grandi: e sotto il loro dominio la prepotenza di molti feudatarii giunse a tal punto di obbligare i liberi proprietarii a presentare i titoli di possesso dei loro allodii, sotto pena di perder questi quando non li avevano. Si voleva applicare il principio dominante in Francia che ogni terra si presume signoriale (*nulle terre sans seigneur*) e che ogni uomo non era libero se non provava la sua libertà. E in quei tempi di arbitrii e colla debolezza del potere centrale, gli uomini demaniali cioè coltivanti terre della corona o abitanti nei demanii regii, erano sempre esposti a ciò. Nel sec. XV i baroni napoletani traevano i più grandi proventi non solo dalle gravezze e da condominii che esercitavano sui poderi dei vassalli, ma ancora dai divieti di esercitare i diritti civili e di esercitare qualche industria, se gli abitanti liberi di diritto non pagavano speciale tassa. E parve grande innovazione il decreto di Ferdinando I del 1482 che autorizzò chiunque a Napoli di esercitare qualsiasi arte o mestiere, di affittar case, alloggiar persone, aprir taverne, vendere e comprare: decreto d'altra parte che i baroni resero inapplicato per le rappresaglie che minacciavano, per l'impotenza del re, pel difetto di sicurezza pubblica.

In tutta Italia poi la libertà era ancora diminuita dai sistemi economici protezionisti, dalle corporazioni e loro privilegi. Nessuno poteva espatriare, pena la confisca, volendo i sovrani mantenere popolati i loro Stati (Costit. estensi 1771): nessuno aveva libera facoltà di esercitare quell'arte che voleva; monopolii spettanti ai privati, a certe caste e famiglie, tasse e matricole che tenevano Governo e corporazioni, inceppavano in mille modi l'esplicazione della libertà. E residuo di antichi pregiudizii e perchè alcuni diritti pubblici erano inerenti al possesso fondiario (in Italia però assai meno che in Germania) durò lo sfavore pei contadini, tanto che nel 1495 videsi la città di Napoli domandare e ottenere da Ferdinando I, vietare agli agricoltori di comprar fondi e mettere per condizione che i compratori dovessero essere cittadini e di illustre nascita. Coll'abolizione di tutte queste pastoie avvenuta sul finire del secolo passato, la libertà fece un gran passo; tutti ottennero l'eguaglianza di fronte alla legge, tutti ebbero eguali diritti civili e non furono più accolte le differenze che il feudalismo aveva creato pel matrimonio fra persone di diversa origine, ecc. (1).

---

(1) Gohrum, *Gesch. Darstel. d. Lehre v. Ebenbürtigkeit*, I, 1-160.

Questa libertà di stato, libertà fisica ed economica, non fu però completata che ai giorni nostri colle libertà di pensiero, di associazione, di stampa sancite dal nostro Statuto.

CAPO VI.

II. I NOBILI (*).

149. Anche l'antica nobiltà germanica, come gli altri ordini sociali, dovè, sotto l'azione di molteplici cause politiche ed economiche connesse alla invasione, modificarsi. Una di queste cause fu il sorgere dei monarcati, davanti ai quali l'aristocrazia gentilizia fu costretta a piegarsi e finì per scomparire o per essere assorbita nella nuova aristocrazia cui era prerogativa non la nascita ma l'onore di servire il re; e tal onore l'innalzava sopra le altre classi. Questa rivoluzione è dovuta ai Franchi: essi la estesero a tutt'Europa, assieme alle istituzioni di vassallaggio e di feudo.

La nobiltà moderna è di origine germanica, non nel senso che le famiglie nobili dei moderni Stati abbiano tratto origine dal tempo delle invasioni, ma in quello del concetto che la informa. Del resto la nobiltà romana degli *honestiores* e dei *clarissimi*, mantenutasi in Italia anche sotto la dominazione ostrogota (Dahn), fu distrutta dai Longobardi, e spente ne furono anche le sue tradizioni. Nel suo posto si svolse il sistema germanico della nobiltà di sangue ed ereditaria. Presso essi si avevano delle *praecipuæ prosapiæ* e dei nobili (*adalingi, primi, nobiles*) fra cui contavansi alcuni discendenti da famiglie che avevano dato dei re al popolo. Era questa una nobiltà più antica dell'introduzione della monarchia e che si manteneva indipendente dal potere regio. La sua esistenza è dimostrata da quei passi delle Leggi in cui parlasi di un diverso apprezzamento dei liberi secondo la loro *nobilitas* o *generositas* (1). In questa graduazione i *primi* formavano l'uno estremo nella scala della libertà, e i *minimi* l'altro. I *primi* erano l'antica nobiltà, la no-

(*) **Bibliografia.** — Oltre le opere cit. al § 21: Roth v. Schreckenstein, *Ritterwürde u. Ritterstand*, 1886; Zallinger, *Ministeriales u. Milites*, 1878, 43-55, 77, 103; Ficker, *Heerschilde*, 1862; *Reichsfürsterstände*, I, 1861; *Memoriale della consulta araldica*, Roma, 1873; Crollalanza, *Encicl. araldico-cav.*, 1877; Pertile, § 95; Schupfer, *Società*, 17-77.

(1) Hegel nega l'esistenza di una nobiltà di sangue presso i Longobardi. L'ammettono invece Waitz, Maurer, Gaupp, *Ansiedlung*, 137; Schupfer. Si noti che i nobili ufficiali sono distinti dai gasindi, designazione solo personale. I gasindi avevano un guidrigildo diverso secondo la diversa posizione di essi nel servizio regio.

biltà di nascita, sulla quale la monarchia fece presto sentire la sua influenza contrapponendole una nobiltà di funzionarii, aristocrazia politica dipendente dal re, in gran parte in possesso dei ducati e dei latifondi, la quale traeva il suo prestigio non dall'origine nè dalla ereditarietà che mancava, ma dall'ufficio di cui era investita e dall'essere nel gasindiato dei re. Anche essa fu compresa sotto il nome di *primi*, ed ebbe il guidrigildo dei nobili antichi (300 soldi), godeva di grande considerazione che valutavasi poi per tutti dal numero delle persone (*gasindi*) che si mettevano nell' « obsequium » o servizio loro, invocandone la protezione.

Sotto i Carolingi si smarrì vieppiù il concetto della nobiltà antica di sangue e le file sue furono ricomposte da una nobiltà nuova fatta di grandi proprietarii, di potenti, e di grandi ufficiali, i quali avevano per loro principale onore e funzione, il servizio militare. I *meliores* dei liberi, ossia i più ricchi, tanto si alzarono da confondersi coi nobili. E questa nobiltà che aveva nelle sue mani accentrato il possesso fondiario, crebbe in potenza coi benefizii che ottenne dai re, e parve un'invincibile casta, come strappò al potere regio (1000) l'ereditarietà dei benefizii e delle cariche. Tosto per natura delle cose, siccome eranvi vassalli maggiori e vassalli minori, cioè grandi feudatarii investiti di cariche regie e rilevanti direttamente dal re ed altri con minori cariche e dipendenti da grandi vassalli, così si fece una gerarchia fra questa aristocrazia maggiore e la minore. Alla fine del sec. XI, al sommo della scala stavano i *principes terrae*, *capitanei* o *valvassores maiores seu regis*, cioè i *duces*, *marchiones*, *comites*, e poi i *valvassores minores*, cioè i *nobiles*, o liberi signori e infine una terza grande classe composta dei *ministeriales*, *domini*, *milites*, *populares* o *valvassini*. Tali differenze di classi erano costituite dal possesso feudale, dall'importanza e carattere del feudo e dell'ufficio.

I *principes terrae* erano quelli che possedevano signorie territoriali od ufficii regii. Più tardi fu tal nome assunto anche da quelli che non erano direttamente investiti dal re, ma da un *capitaneus* (Ficker). Essi avevano giurisdizione patrimoniale e feudale, sempre per le cause civili, spesso anche per le criminali; avevano diritto di eleggere i consoli e i decani delle terre, canovai, gastaldi, campai; esercitavano quasi tutte le regalìe. I valvassori erano quelli che tenevano terre da un principe o da una chiesa, ed erano pure in possesso dei diritti signoriali e giurisdizionali. I militi erano quelli che per avere prestato ad un signore della nobiltà superiore o al re servizio a cavallo per più generazioni, avevano acquistato una nobiltà gentilizia di ultimo grado.

Il particolare distintivo dei *milites* era il *cingulum militare* che era sempre segno di onore speciale e dava privilegi giuridici

e sociali personali, anche se non si aveva feudi. Quest'ultima circostanza diede nelle terre dell'impero nel XII e XIII sec., grande diffusione all'ordine dei *milites*, che finì per divenire un titolo onorifico ereditario (1).

In Italia poi i militi e i valvassini ebbero gran parte nella formazione del comune e posero quindi la maggior energia nell'abbattere gli altri due ordini, i quali difatti perdettero i diritti di signoria e giurisdizione sui feudi posti entro le terre del comune e l'ereditarietà delle funzioni. Ma non perdettero i privilegi del sangue, in virtù della quale, sebbene eguali agli altri cittadini nell'esercizio dei diritti civili e politici, stretti come erano anche essi in una consorteria, coll'aiuto della borghesia grassa, che anche allora aspirava ad avere distinzioni nobiliari, e a confondersi colla aristocrazia del sangue, esercitarono qualche ascendente e contribuirono alla formazione di quelle signorie che poi spensero il comune.

Così scomparso il governo repubblicano, trovaronsi ancora in piedi entro le città alcuni avvanzi degli antichi *principes terrae* o *capitanei*, i quali avevano capitolato col comune ed erano venuti ad abitare entro le mura cittadine, spogli di ogni giurisdizione; e le file di questa nobiltà antica furono ripopolate dagli alti officiali dell'impero, nobiltà di funzioni, e da altri favoriti dell'imperatore, che ricevevano il titolo senza la carica (nobiltà di titolo). Queste due classi di nobiltà crebbero assai nel periodo delle signorie e a dismisura sotto le dominazioni straniere. Gli Spagnuoli che portarono nel mondo la fatuità dei titoli e diedero alle distinzioni un carattere ridicolo, fecero della vendita dei titoli nobiliari un cespite di finanza. Fu quotato quanto costava la corona di duca, di marchese, di conte e di barone. Buona parte della nobiltà italiana trae sue origini in questo periodo e da questo modo.

Nell'Italia meridionale si avevano parimenti tre classi di nobili: i conti, i baroni e i militi. Quest'ordine nobiliare era composto dei soli possessori di feudi, siccome essi soli componevano tutto lo stato militare; per la qual ragione avevano grande importanza anche nell'ordine politico, e nei loro dominii avevano d'ordinario per concessione sovrana, l'amministrazione della bassa giustizia. Il milite, ossia il semplice feudatario, era apprezzato il doppio del borghese; il barone il doppio del milite, il conte il doppio del barone. La baronia constava di più feudi, e gli investiti di essi erano i militi, i quali dovevano seguire il barone come loro capo in tutte le spedizioni militari e riputavano questo come superiore nella corte feudale. Il barone poi potendo essere per concessione sovrana, il magistrato naturale del suo vassallaggio, amministrava anche un officio nello

(1) Fitting, *Das peculium castrense*, 506; Ficker, *Heerschilde*, 143.

Stato, onde consideravasi, nella sua persona, una dignità che non poteva arrogarsi il semplice milite. Il conte era il capo naturale di molti baroni e militi, ed era la prima dignità dello Stato. Nel Piemonte queste tre categorie di nobili chiamavansi baroni, banderesi e vassalli.

È stato detto che l'aristocrazia è necessaria nella monarchia (Montesquieu), ed è certo che dopo il seicento le monarchie italiane, dal Piemonte alla Sicilia, non riposarono che sull'aristocrazia che accrebbero di privilegi, prerogative e onori, e fecero il primo ceto e il nerbo dello Stato. Esse trasformarono anche la nobiltà, basandola non più solo sul possesso allodiale, e sulla nascita, ma anche sul merito e sulla concessione o favore regio. Così mentre nel medio evo, nobile era solo chi possedeva un feudo, e feudo, servizio militare e nobiltà erano espressioni equipollenti, dopo il medio evo fino al secolo XVIII, molte terre allodiali furono fatte nobiliari, e nobilitati i possessori di esse, chiunque fossero e in qualunque modo le avessero avuto: furono concedute lettere di nobiltà e fu creata una nobiltà di *piuma* o di *penna*, o di *roba*, in favore dei militi della scienza (*militia inermis*), cioè dei dottori e magistrati. Si ebbero così diversi ordini di nobiltà: 1. La nobiltà generosa o magnatizia formata dalle famiglie possidenti da lungo tempo un feudo, o ammesse da tempo quasi immemorabile tra i nobili di una città o discendenti da alcuno che avesse meritato con generose azioni, nella carriera delle armi, della toga, della Chiesa, quell'onorifica distinzione; 2. La nobiltà di privilegio formata da coloro che per meriti personali erano elevati ad alte dignità nella milizia, nella curia, nella corte; 3. La nobiltà legale, composta di quelli che potevano dimostrare per tre generazioni, un'esistenza decorosa, o di avere coperto cariche importanti; 4. La nobiltà di toga che era personale (1), ma che diveniva ereditaria, se il padre, il figlio e il nipote avevano avuto carica nella magistratura (editto per la Lombardia, 1769; per Napoli, 1774). Ognuna di queste classi formava un ordine, un corpo; aveva i suoi distintivi, i suoi regolamenti, i suoi privilegi, che difendevano con gelosia — privilegi che li accompagnavano in vita e anche quando andavano al capestro — aveva i suoi titoli, e severamente punivasi chi li usurpava. Ogni città e ogni ordine avevano i suoi *Libri d'oro*, in cui scrivevasi il nome delle famiglie nobili, e questi libri furono, nella seconda metà del 700, tenuti da speciali commissioni araldiche. Vi era infine una nobiltà personale, quella inerente alle cariche pubbliche

(1) Bartolo dice che il dottore è nobile, e se legge per 20 anni è conte palatino. Nel 1301 a Bologna i dottori andavano coi primi ranghi della nobiltà. Al secolo XV si dicevano nobili solo i dottori di fama, non i dottorelli. Fitting, *Peculium castrense*, 548-564.

e di corte, dotata più di distinzioni nel cerimoniale, che di vere prerogative; e un'altra nobiltà, quella derivante dagli ordini cavallereschi. In Toscana quelli che per 200 anni avevano goduto di una nobiltà semplice, potevano entrare, mediante diploma, nel patriziato.

Nel Piemonte fino alla rivoluzione francese, dominava la nobiltà: era di origine feudale, ad essa la carriera militare, le alte funzioni civili e giudiziarie. Esercitava ancora diritti di giurisdizione, regalia di caccia, di pesca, banalità di molini, forni, ecc. Vittorio Amedeo cominciò col fare dei feudi, cespiti erariali; in poco più di 70 anni si venderono 819 patenti di nobiltà per 11 milioni di lire. Nel Napolitano, i patrizii avevano nelle mani l'amministrazione interna: essi davano i sindaci o i baglivi. La più antica e potente formava un'oligarchia pericolosa, organizzata in *seggi*, attorno alla quale stavano altre famiglie nobili, che aspettavano di essere aggregate per cooptazione. I Vicerè d'Austria e i Borboni cercarono di abbatterla, tenendola alla corte, secondo l'esempio di Luigi XIV; e avvolgendola in liti forensi. Al XVIII sec. la scissero coll'introdurre fra essa dei ricchi mercanti. A Roma la nobiltà col clero era tutto; essa pure era di origine sacerdotale, frutto del nepotismo; nel 1746 Benedetto XIV disponeva che ad onore del ceto nobile e a garanzia dello Stato, le cariche municipali dovessero essere coperte da nobili soltanto; non si entrava nel ceto delle famiglie coscritte, se non provando una nobiltà di 200 anni nella famiglia del padre e della madre, dell'avo paterno e ava materna. La nobiltà genovese era formata da quelle famiglie, che dai tempi più antichi avevano dato dei podestà o dei consiglieri del podestà; organizzata negli *Alberghi* e potentissima come era, formò una coalizione così solida da rimovere dal potere e da tutte le cariche, chi non fosse nobile. Questo potere gli fu contrastato dall'elemento popolare, ma sempre per poco. Nel 1580 la nobiltà degli Alberghi fu trascritta nel libro d'oro, e così rimase fino all'occupazione francese del 1797. Da quell'epoca il libro d'oro si chiuse, cessò ogni partecipazione della nobiltà al governo, la nobiltà decadde. A Modena nel 1816 obbligavansi i nobili ad accettare le onorevoli incombenze delle cariche e delle magistrature, perchè erano prerogativa loro. In tutta Italia la nobiltà era il partito dominante, una casta che sfruttava a suo beneficio governo e Stato, anche laddove viveva colla maggiore bonomia fra le popolazioni.

Con tutto ciò l'aristocrazia italiana non ha che una parte secondaria nella nostra storia. Essa non ha avuto la vitalità e l'energia dell'aristocrazia inglese; e quindi come fu privata delle sue prerogative feudali, come fu soppressa la inalienabilità dei patrimonii, avversa per tradizione e per malinteso sentimento di fierezza all'attività industriale e commerciale, è caduta da noi senza rumore e senza scosse, nell'ombra della eguaglianza sociale. Le leggi che abolirono la feudalità, mantennero i titoli; quello di barone restò per indicare indistintamente tutti i possessori di beni feudali. Anche lo Statuto del 1848 dichiarò mantenuti i titoli nobiliari.

portati dalla civiltà romana ai servi delle provincie imperiali (che non potevano più essere maltrattati ed uccisi). Vi fu un vero regresso: la schiavitù personale che andava cedendo il posto al servaggio reale (1), ritornò ad essere il sistema predominante. Venuti in Italia i Germani non riescirono a comprendere le condizioni che il progresso dei tempi aveva fatto alla schiavitù, nè i rapporti in cui i servi si trovavano verso la terra e i padroni e le loro varie gradazioni; confusero in una classe tutti quelli che trovarono in posizione soggetta, e ne ebbero tutti a soffrire, specialmente i coloni. Per es., il primo risultato dell'invasione gota fu di convertire tutti gli schiavi, anche quelli che la legge aveva fissato al suolo, in schiavi rustici, abbandonandoli realmente alla libera disposizione del padrone, separandoli dalla terra per essere impiegati alle funzioni domestiche. I coloni quindi furono abbassati al livello di servi e privati della guarentigia dell'immobilità. La condizione di essi, divenuti in tal modo eguali ai servi, come quella degli schiavi stessi, peggiorò ancora sotto i Longobardi, i quali confusero gli uni e gli altri nella classe servile, non diedero agli schiavi una posizione stabile, alla quale questi avessero poi un diritto, lasciavano al padrone destinare lo schiavo secondo voleva, ai servizii domestici o ai campi, farne un *servus ministerialis*, o un *servus rusticanus* (che non era meno uno schiavo), li valutarono come cose e merci, li assimilarono al cavallo e al bue. Nelle antiche leggi germaniche lo schiavo era riguardato come proprietà del padrone che poteva disporne come degli altri suoi valori, torturarlo e ucciderlo « quia pecunia ejus erat » (L. Sal. Rip. Fris.). Come cosa non aveva guidrigildo, ma il suo prezzo venale era in ragione dell'età e delle sue attitudini. Stava in completa dipendenza dal padrone, cosicchè senza il suo permesso nulla poteva fare, e in tutto, anche davanti al tribunale, sempre era dal padrone rappresentato. Il padrone aveva su lui tale *potestas*, da pignorarlo, venderlo (però non fuori dello Stato) e ucciderlo se a lui aveva rubato (uccidendolo però senza motivo, era punito). Le relazioni fra padrone e schiavo erano basate sull'arbitrio del primo che aveva sulla *familia domestica* un potere disciplinare: ma non ebbe però mai una giurisdizione, giacchè anche le colpe dei servi erano di competenza del tribunale

---

Fumagalli, *Ant. longob. milan.*, I, diss. 10 (i servi sotto i long.); Schupfer, *Ordini sociali*; Guérard, *Polytiq.*, I, 277 e segg.; Allard, *Esclaves, serfs et mainmortables*, 1884; Walter, § 384, 416.

---

(1) Tale sostituzione progressiva è dimostrata da Wallon, *Histoire de l'esclavage dans l'antiquité*, III, c. VIII. Sifatta differenza fra le due schiavitù non potevano i Germani comprendere. Cfr. Guizot, *Hist. de la civil. en France*, IV, 262.

pubblico, e qui giudicate con forme regolari e solo punite con pene più rigide (1). Lo schiavo non aveva alcun diritto politico, perchè non faceva parte del popolo, nè aveva la protezione delle leggi, ma solo quella speciale del *jus curiae*, non poteva essere testimonio o giurare. Lo si distingueva dal resto della popolazione, perchè non aveva l'onore della capigliatura. Era incapace per qualunque negozio: se stipulava senza il permesso padronale, il contratto era nullo o il servo perdeva il prezzo, amenochè non fosse stato posto a dirigere una villa. Verso il padrone non aveva alcun diritto, ma questi lo doveva alimentare e mantenere in tutto, proteggerlo contro chiunque, rappresentarlo e difenderlo davanti ai tribunali.

Non aveva famigli nè patrimonio nel rigore del diritto. Tutto quello che acquistava andava al suo padrone. Questi gli poteva lasciare un peculio, ma non se lo poteva vendere senza l'assenso del padrone e questo aveva il diritto di avvocarselo quando voleva e di prenderselo quando lo schiavo moriva. Non esisteva un diritto ereditario servile. I suoi figli non ereditavano da lui. Tutto toccava al padrone. Non aveva famiglia, però ammettevasi che potesse contrarre matrimonio legittimo. Le unioni di schiavo con schiava (come poi di servo con serva) erano *coniugia*, *matrimonia*, soltanto che per la loro legittimità era necessario l'assenso del padrone il quale manifestavasi per mezzo di un atto simbolico, la *legittima traditio* della schiava, in forza del quale atto, egli obbligavasi, davanti alla Chiesa, s'intende, di non separarli giammai. La Chiesa richiedeva quest'assenso, pena la scomunica, ed esso era condizione necessaria, o anzi teneva il posto del sacramento (che non incontrasi per queste unioni). Quindi è chiaro perchè le leggi germaniche, a differenza del dir. rom. parlino di *ancilla virgo* e *ancilla uxor* e puniscano l'adulterio e lo stupro anche negli schiavi e tutelino il pudore delle serve. Il padrone però poteva sciogliere il matrimonio vendendo un coniuge (2). Il padre non aveva alcuna patria podestà, ma i figli nati da queste unioni erano legittimi e loro applicavasi la presunzione « is pater est quem « nuptiae demostrant » (3). A differenza del dir. rom. che attribuiva i figli al padrone della donna, le leggi germaniche li davano al padrone del marito che aveva il diritto di disporne. Tale questione presentavasi solo quando schiavo e schiava appartenevano a padroni diversi: e in questo caso siccome i due padroni dove-

---

(1) Salvioli, *Giurisd. speciali*, I, *La giurisd. patrimoniale*, p. 8-47; Mayer, *Zeits. f. R. G.*, XV, 1881.

(2) Koehne, *Die Geschlechtsverbindungen der Unfrei in frank. R.*, 1888 (Gierke, *Untersuch.*, XXII), Freisen, *Gesch. d. canon. Eherechts*, 1888, p. 280 e segg.

(3) Form. Lindenbrog, 20, *Zeumer*, p. 281.

vano dare il loro consenso, così si accordavano fra loro di dividere i figli che sarebbero nati da sifatte unioni.

I matrimoni fra persone libere e persone di stato servile erano o tollerati o condannati secondo le circostanze. Se un libero si univa colla schiava o serva di altrui, era punito come per offesa recata alla proprietà del padrone: qualche legge puniva il libero dichiarandolo schiavo del padrone. Se un servo si univa con una libera, era punito per reato di seduzione: ma la donna poteva per mezzo di un accordo col padrone provare che erasi unita al servo di sua piena volontà, e riscattare dal padrone la libertà per sè e i figli (*epistolae conculcatoriae*). Le unioni dei liberi colle proprie serve erano concubinati, i figli erano come i *naturales* del dir. rom. ed avevano una quota ereditaria. La Chiesa però riconobbe queste unioni quali veri matrimonii perchè monogamici e perpetui (Koehne). Invece le unioni della padrona col servo suo erano punite colla morte di entrambi.

Però se circostanze economiche avevano fatto prevalere il principio economico a danno della personalità giuridica, questa però persistette sempre e attraverso le contraddizioni delle leggi germaniche, cercò di affermarsi in qualche modo, specialmente presso i Longobardi ma più al tempo dei Carolingi. Difatti tutte le leggi germaniche riconoscevano nello schiavo una responsabilità penale, sebbene alcune presupponessero che fosse stato spinto a delinquere per ordine del padrone e volessero che questi si purificasse, e malgrado tutte mettessero a carico di questo l'obbligo di indennizzare l'offeso dallo schiavo (1). E sotto i Carolingi poi il concetto della personalità si svolse meglio e allo schiavo fu riconosciuta una capacità giuridica sebbene limitata e la facoltà di acquistare e di avere un peculio e dei *mancipia* sotto di sè: e fu innovato nelle pene contro di lui e il suo apprezzamento si andò accostando al carattere di guidrigildo (2); e i Capitolari senza cessare di considerarli come cose, li protessero contro le prepotenze dei padroni. Questa disposizione del diritto germanico facilitò la scomparsa della schiavitù propriamente detta e la sua trasformazione in servaggio della gleba, risultati dovuti all'influenza della Chiesa, ma più all'azione di nuovi fattori economici.

152. Una particolare classe formavano i servi impiegati sulle terre della corona e delle chiese e quelli addetti al servizio personale del padrone. *I servi fiscalini* avevano una posizione più elevata, un maggior guidrigildo (che per 1|3 toccava ai parenti e per 2|3

---

(1) Mayer; Salvioli; Leseur, *Des conséquences du délit de l'esclave dans les leg. barb.: Nouv. Revue hist.*, XII, 1888, p. 576 e segg.
(2) Jastrow, *Strafrechtl. Stellung d. Sklaven*, 1878.

al fisco) e un diritto di vendere fra di loro (1): potevano deporre e difendersi personalmente davanti ai tribunali; in caso di guerra marciavano. Non possedevano in proprio, ma le loro prestazioni erano esattamente determinate e in modo mite. Sotto i Carolingi furono compresi nella categoria dei semiliberi. I *servi ecclesiastici* godevano pure di privilegi e di un triplice guidrigildo; e la loro situazione era tale che nel periodo carolingio potevano essere compresi, assieme ai semiliberi dipendenti dalla Chiesa, malgrado la differenze giuridiche, nella classe degli *homines ecclesiastici*. Gli uni e gli altri erano giudicati al tribunale pubblico, quelli presentati dall'*actor fisci*, i secondi dall'avvocato della Chiesa il quale eseguiva poi la sentenza nell'interno della signoria od immunità, finchè le Chiese non ottennero l'esercizio completo della giustizia patrimoniale (2).

I *famuli*, *pueri*, *vassi* o *ministeriales* erano servi di un rango elevato addetti ai servizi domestici del re o dei grandi signori. Avevano il guidrigildo dei manumessi e degli aldi: potevano essere ascritti nell'esercito e coprire cariche a corte.

Nel medio evo queste distinzioni scomparvero, e queste persone si perdettero nella classe dei dipendenti o servi di gleba, distinti alla lor volta da altre nuove differenze.

153. La Chiesa non iniziò certamente una campagna contro la schiavitù e non ne bandì la abolizione, si limitò a rialzare platonicamente lo schiavo proclamando l'eguaglianza di tutti gli uomini e nobilitando e santificando il lavoro. Data l'organizzazione del lavoro e la distribuzione delle terre (Marx, Loria), la schiavitù era un fatto necessario che si poteva modificare lentamente non sopprimere. La Chiesa rispettò o tollerò il fatto economico e non intravvide ciò che allora sarebbe stata un'eresia economica e una grande rivoluzione sociale, il lavoro libero. Anzi come per le grandi ricchezze acquistate in seguito, divenne una delle principali forze economiche del tempo, usò e mantenne per sè la schiavitù come istrumento prezioso per coltivare le sue terre, e nulla fece per abolirla.

Il cristianesimo non condannava in principio la schiavitù; e sebbene lo spirito di carità e di eguaglianza che regna nei Vangeli fosse ad essa opposto, la Chiesa non trasse le conseguenze che dovevano discenderne

---

(1) Su ciò vedi Brunner, *Mithio u. Sperantes*, *Festgabe f. Beseler*, 1881, p. 19. Su questi servi v. Guérard, *Explic. du Cap. de villis*, 1853.

(2) Waitz e Bethmann-Hollweg vogliono invece che i fiscalini fossero giudicati da funzionarii patrimoniali; Sohm e Sybel che l'amministrazione del fisco formasse un ramo amministrativo speciale a lato dell'amministrazione del regno e costituzionalmente opposto a questa. Contro Salvioli, *Giurisd.*, I, 36-43. E pel tribunale dei servi ecclesiae, vedi pagg. 153-160.

contro la schiavitù. Ma negli stessi Vangeli non una parola per la libertà dei servi, ma piuttosto ammonizioni perchè questi obbediscano ai padroni in tutto *con timore e tremito* (Luca, XII, 47; Paolo *ad Ephes.*, VI, *ad Coloss.*, III) essendo i padroni degni di tutto l'onore: e ciò conforme alle idee ebraiche secondo le quali i servi non si correggono colle parole (*Prov.*, XXIX, 19) ma col lavoro assiduo, tortura e ferri al bisogno (*Eccles.*, XXXIII, 21). Anche i primi padri della Chiesa (Cipriano, *Testim.*, III, 72; Agostino, *De civit.*, XIX, 15) non parlano di abolizione, e trovano la schiavitù naturale, legittima, introdotta da Dio come pena del peccato; ed Egidio da Romano nel sec. XI diceva: « probatur esse aliquos omnino servos secundum naturam » (*De regim. princ.*, II, 10). Però risentendo e promovendo alla sua volta quel sincretismo che manifestasi nelle Costituzioni degli imperatori cristiani e nelle migliori intelligenze, come Seneca, ecc., addolcì la schiavitù, le tolse quello che vi era di inutile, di orribile e di odioso, non reputò più vile lo schiavo, lo sottrasse ai sanguinosi capricci e all'arena, scomunicò chi l'uccideva senza ordine del magistrato, gli aprì l'asilo delle sue chiese, gli riconobbe una personalità e responsabilità (Biot, Wallon). Ma alcuni secoli dopo, come ebbe immensi possedimenti, proclamando il principio che il patrimonio ecclesiastico non può essere menomato, chiuse la porta alle manumissioni dei servi e ribadì le catene della servitù. I concilii riguardarono i servi delle chiese come proprietà inviolabile, scomunicavano chi li rubava, mentre esortavano i privati a manomettere i loro e permettevano che il servo (coll'assenso del padrone) potesse ricevere gli ordini sacri, e salire ad alte cariche ecclesiastiche, che se non lo scioglievano dalla servitù, modificavano però sempre la sua posizione. Certamente la Chiesa si adattò alle idee della società germanica riguardo ai servi, li trattò alla pari degli animali, ne permetteva il commercio (e solo lo vietò se fatto dagli ebrei e a nazioni non cristiane), li permutava, li riceveva in dono, li faceva sposare a chi voleva, disponeva dei figli a suo piacere perchè erano veri *mancipia*. La schiavitù perpetua figura ancora fra le pene ecclesiastiche minacciata per certi reati contro chi li ha commessi e i loro figli. Per le loro unioni, richiese, come le leggi laiche l'assenso del padrone, nè riconobbe per essi il consenso delle parti o il principio cristiano dell'indissolubilità del matrimonio: e solo al sec. XII ne sanò la validità anche se non vi era stato l'assenso del padrone (Freisen). Pare trattasse i suoi schiavi meglio che altri proprietari, se qualche cosa si deve desumere dalle frequenti fughe di schiavi alle chiese. Infine la Chiesa co' suoi immensi latifondi ecclesiastici i quali come le signorie laiche avevano d'uopo di una popolazione fissa, residente, favorì la trasformazione degli schiavi in servi di gleba.

154. La scomparsa della schiavitù personale, come fatto generale, avvenne insensibilmente dal sec. VIII in avanti. Il numero degli schiavi propriamente detti diminuì in modo rapido e costante nelle città: nelle campagne la schiavitù si perdette confusa in altre istituzioni affini. Questo risultato era dovuto al sorgere della grande proprietà, per opera del beneficio e del feudalismo, concentrata

nelle mani delle Chiese e dei potenti. Si ripetè allora lo stesso fatto che si era visto nell'impero romano e dal quale era uscito il colonato, quando cioè i ricchi romani per trarre dalle loro terre profitti maggiori di quelli che rendeva il lavoro servile, le distribuirono fra colonie di servi e per uno speciale contratto fissarono le famiglie sopra le terre assegnate, con casa propria, padrone di una parte dei frutti del lavoro, mentre un'altra parte dovevano al proprietario. Era questo il colonato o uno dei modi da cui originò il colonato (Fustel de Coulanges). I nuovi ricchi dell'epoca franca ebbero bisogno di organizzare il lavoro sui vasti dominii, di assicurare la cultura e di trarne quei maggiori profitti che non dà il sudore degli schiavi. Non potendo sorvegliare direttamente i pochi schiavi rurali che ancora restavano, li trattarono come se fossero sempre stati coloni o altri dipendenti, ossia li interessarono alla cultura, diedero loro una casa fissa, e terre da coltivare (*servi casati*, *curtisani*, *mansionarii*, *hobarii*) non li mantennero più, anzi pretesero da essi censi e altre prestazioni (1). Essi furono d'allora legati al suolo, trattati come immobili, come parti del fondo, venduti con esso, rivendicati come cose immobili e colle stesse formalità degli immobili, mentre fino alla 2ª metà dell'VIII sec. erano messi fra i *mobilia* e mentre esistevano ancora alcuni *mancipia* che erano ancora trattati come cose mobili: e poichè esistevano già altre classi di persone legate al suolo, aventi origine diversa, con queste furono assimilate. Andarono essi a ingrossare il colonato, a confondersi coi liti e i semiliberi, ebbero i vantaggi dei coloni, come il censo fisso: soltanto restarono sottomessi a prestazioni più forti e a servizii più umili. La loro condizione era l'ultima nella scala dei dipendenti e degli uomini di manomorta: essi erano divenuti i veri servi della gleba, denominazione che in un senso più generico comprendeva altre classi di persone, cioè quelle che non avevano la libera disposizione di sè ed erano legate alla coltivazione del suolo altrui.

155 (*). La schiavitù però non doveva interamente scomparire.

(*) **Bibliografia.** — Cibrario; Zamboni, *Gli Ezzellini*, *Dante e gli schiavi*, Vienna, 1870; Müller, *Doc. sulle relaz. d. città toscane coll'Oriente crist. e coi Turchi sino al 1531*, Firenze, 1879; Libri, *Hist. d. sciences mathém. en Italie*, I, 87, II, 508 e segg.; V. Laz-

(1) Jastrow (*Eingenthum an und von Sklaven*, *Forschungen*, XIX, 626) ha dimostrato che questi *servi casati* lavoravano tre giorni pel padrone, il resto per sè. Sopra questa trasformazione degli schiavi in servi di gleba v. Cibrario; Inama Sternegg, *Ausbild. d. grossen Grundherschaften*, ecc., 1875, p. 73 e segg.; *Deut. Wirthschaftsgesch.*, I, 237, 261, 276; Thierry, *Hist. du tiers État*; Levasseur, *Hist. des classes ouvrières*; Allard; Biot; ecc.

L'eguaglianza di tutti gli uomini, malgrado le differenze di razza, di stato e di religione, non era nella coscienza del pubblico italiano. Se non si ebbero più servi cristiani, se ne cercarono fra i Mussulmani. Un Concilio del 1179 (Conc. later.) aveva proclamato che a carico dei Saraceni potevasi osservare il principio antico che i prigionieri fatti nelle guerre contro i Mussulmani erano servi dei vincitori. Il diritto canonico dichiarava gli infedeli servi dei cristiani: e così nell'VIII e IX sec. organizzossi una vera tratta di infedeli, il cui emporio erano i porti italiani, prima quelli meridionali che erano in possesso dei Saraceni, poi quelli di Venezia, Genova, Pisa, Ancona, Napoli, che eran in relazione coi mercati di Caffa e Tana. Le grandi mortalità in causa di pestilenze avvenute nel sec. XIV diffusero in Italia e specie in Toscana questa schiavitù (Bongi) e il traffico di schiavi e schiave orientali che le leggi riconoscevano e sancivano (le costituzioni sveve permettevano la vendita dei servi e vietavano solo quella dei liberi: — lo Stat. fiorent. 1526 riconosceva il commercio degli schiavi, come di merce) ebbe corso, dove, fino al sec. XVI, dove (Sicilia e Napoli) fino al XVIII.

Tanto il diritto civile come il canonico ammettevano che la prigionia di guerra (andata per i cristiani in disuso dopo il sec. XIII) contro gli infedeli fosse sempre fonte di schiavitù. Gli infedeli non erano liberi; e poichè fra gli infedeli erano compresi gli Ebrei, una provvisione fiorentina 1289, li escluse espressamente. In Sicilia i Turchi prigionieri di guerra divenivano schiavi del Re e premiavasi il soldato che li catturasse. La Chiesa riteneva che nemmeno il battesimo sanasse questa macchia e prosciogliesse dalla servitù, e poichè il Comune di Firenze (1363-1366) ordinò ai compratori battezzare gli schiavi, la Chiesa considerò essere atto benefico comprare schiavi, essendo col battesimo migliorata la loro posizione spirituale (S. Antonino di Firenze, Sacchetti, ecc.). Altra circostanza favorì la diffusione di questo traffico, e fu il pervertimento morale della Società del sec. XV, la disorganizzazione della famiglia, per cui i sovrani furono costretti promulgare disposizioni contro la sodomia, il meretricio, stabilire pene e multe per far argine all'avversione che specialmente i ricchi avevano pel matrimonio. Nel seno delle famiglie si tenevano come concubine le schiave orientali — e il diritto canonico stabiliva che le infedeli non potevano essere che concubine.

A Genova nel 1381 esisteva una tassa sopra gli schiavi e le schiave

---

zari, *Del traffico e delle condiz. degli schiavi in Venezia nei tempi di mezzo*, *Miscell. di st. italiana*, I; Bongi, *Le schiave orient. in Italia*, *Nuova Antol.*, II, 1868; Guasti, *Alessandro Maringhi degli Strozzi*, *Lettere di una gentildonna fior. del sec.* XV, 1877; Heyd, *Abhandl. über d. ital. Handelscolonien in d. Levante*; Reumont, *Oriental. Sklavinen in Florenz in* XIV *u.* XV *Jahrh.*, negli *Histor. Jahrbuch.* di Monaco, VII, 1, 1886; Avolio, *La schiavitù domestica in Sicilia nel sec.* XVI, 1888; Zanelli, *Schiave orientali a Firenze nei secoli* XIV *e* XV, 1885.

dei cittadini. In uno statuto genovese della fine del sec. XIV (stampato nel 1498) si distinguevano ancora i *famuli* dai *servi aut sclavi*, e si vietavano le manumissioni per testamento per timore che il servo manumesso uccidesse il padrone. Dallo Statuto del 1588 risulta che a Genova la schiavitù esisteva ancora: lo stesso dicasi per Albenga (St. ed. Valsecchi, 1885), per Lucca (1539), per Venezia (1590). Qui si avevano ancora certi servi a tempo provenienti di Rumenia e dicevansi le *anime*. A Firenze provvisioni del 1363, 1366, 1452, permettevano il traffico di schiavi e schiave, si puniva chi ne agevolava la fuga e chi le seduceva o le ingravidava, si autorizzava il padrone ad usare ogni mezzo di rigore e adibire le schiave a servizii faticosi (a differenza delle fantesche); ed egli poteva con semplice richiesta all'autorità pubblica farle imprigionare per emenda. Le vendite facevansi per servitù perpetua o temporanea e registravansi al Comune. Le schiave si barattavano con merci, cedevansi in affitto, pignoravansi, ereditavansi, confiscavansi dai creditori o dall'erario. Gli Aragonesi in Sicilia concessero allo schiavo provare che il padrone non aveva bisogno di venderlo e che gli era affezionato, vietarono prostituire le serve, segnarli in fronte, torturarli, mutilarli, migliorarono la loro condizione, li proclamarono uomini. D'altra parte invece le consuetudini di Palermo trattano i servi fuggitivi come *animalia oberrantia;* e quelli di Corleone li assimilano alle bestie. A Firenze nel 1468 furono estese le disposizioni contro le schiave alle fantesche. Manumetteva in Sicilia di diritto la conversione al cristianesimo dopo 7 anni; ma non a Napoli dove, dice uno scrittore del sec. XVIII (Valletta 1784), non erasi ricevuta la bolla di Pio V che fa liberi gli infedeli battezzati; e ciò per non violare i diritti dei padroni. Soltanto la volontà dei padroni rendeva liberi, e questa manifestavasi per atto pubblico, per testamento (*pro remedio animæ*) o colle parole *esto civis romanus* dette davanti a testimoni. La schiavitù degli infedeli sembrava così naturale che nel sec. XVII e XVIII, Urbano IV (1639) e Benedetto XIV (1741) trovarono opportuno dichiarare essere peccato il fare schiavi gli Indiani. In Sicilia è ricordata ancora nella fine del sec. scorso (Valletta 1784) come in uso contro i nemici dei cristiani; si citano le Prammatiche secondo le quali non si poteva comprare nè trasportare servi fuori regno senza licenza del re e punivansi i marinai che ne agevolavano la fuga, e si obbligava quelli a togliere di notte vele e remi: e ordinavasi ai libertini fra 10 giorni dalla ricevuta libertà avvisare il Governo sotto pena della galera o non uscir dal Regno senza licenza del sovrano, pena la perdita della libertà.

156 (Manumissione (*)). Le origini della schiavitù erano: la

(*) **Bibliografia.** — Muratori, diss. 15; Fumagalli, II, diss. 23; Pertile, § 91; Fournier, *Les affranchissements du* V-XIII *s., Influence de l'église, royauté*, ecc., *Rev. hist.*, 1883, XXI; *Essai sur les formes effets de l'affranch. dans le dr. gallofranc*, 1885; Havet, *Affranch. per handradam*, *Nouv. Rev. hist.*, 1877; Stöck, *Freilassung im Zeitalter d. Volksrechte*, 1881; Winogradoff, *Die Freilassung zu voller Unabhangigkeit, Forsch. z. d. Gesch.*, XVI, 1876; Pappenheim, *Launegild u. Garethinx*, 1882, p. 31 e segg.; Brunner,

nascita, la prigionìa di guerra, la volontaria alienazione della libertà (*obnoxiatio*) per miseria, per causa di debito, per penitenza, la privazione della libertà per condanna giudiziaria in favore dell'offeso, il matrimonio con persona servile. I figli di servi erano servi; gli esposti potevano essere venduti da chi li aveva raccolti.

Si usciva dalla schiavitù per mezzo di manumissione che compivasi con varie forme quali di origine romana, quali proprie dei Germani, ognuna delle quali portava effetti diversi, cioè o di piena libertà o di liberazione condizionale.

Le manumissioni generali furono frequenti dal IX al XII sec. La Chiesa le raccomandava. Dei vescovi che erano usciti dalle umili file degli schiavi, le imponevano ai ricchi come condizione di salvezza spirituale. La Chiesa faceva ciò anche nel suo interesse, sia per reclutare dei chierici, sia per estendere il numero delle persone su cui esercitava una *defensio*, in quanto che molti manomessi stavano sotto la dipendenza del vescovo, nella qualità di *tabularii* e alla Chiesa dovevano servizii e prestazioni, che il vescovo restituiva proteggendoli e intervenendo nel Tribunale come difensore quando essi liberti erano convenuti: e ciò per ovviare agli attentati dei padroni per rivendicarli in servitù (1). Così quelli non erano pienamente mai liberi e questo traeva vantaggi dalle manumissioni. In quanto ai servi ecclesiastici i concilii e le leggi vietavano le manumissioni, se il chierico manumettente non indennizzava il patrimonio ecclesiastico con un altro schiavo (*cum vicario* L. Rip. Sohm) o con altri doni o colla cessione di tutta la propria sostanza (Fournier). Vi erano dei casi in cui il servo era di pieno diritto affrancato, come quando il padrone lo maltrattava, l'abbandonava nella miseria, nella malattia o aveva commesso adulterio colla moglie: quando il servo aveva reso importanti servizii pubblici, quando cadeva nelle mani di un ebreo.

Le forme della manomissione sono poco note: ve ne erano di solenni, con forme proprie del diritto pubblico, e del privato. La più antica e solenne è quella che avveniva davanti all'assemblea colla forma dell'armamento, colla consegna di una lancia (presso i Longob., Sassoni, Anglosassoni). Il manumesso diveniva completamente libero, e diveniva parte dell'esercito: soltanto un possibile diritto a succedergli restava nel padrone in forza dell'atto di adozione che era congiunto col pieno affrancamento (Schroeder). Questa forma era eccezionale, usavasi sol quando vi era bisogno di soldati. Tacito non la conosceva: e parla solo della manumissione privata che non faceva uscire completamente dalla classe dei servi e che aveva effetti precarii e revocabili.

Presso i Longobardi la manumissione pubblica compivasi ancora davanti all'assemblea coll'armamento (per *gairethinx*): il padrone consegnava il

---

Freilassung durch Schatzwurf, *Hist. Aufsätzen z. Andenk. an Waitz*, 55-72; Schroeder, p. 214-218.

---

(1) Loening, I, 325, II, 227; Sohm, *Zeit. f. Kirchenrecht*, IX; Salvioli, *Giurisd.*, I, 152 e segg.

servo a una seconda persona, questa lo dava a un terzo, il terzo a un quarto che poi davanti al popolo gli consegnava la lancia e lo faceva libero (1). Contemporaneamente si aveva un'altra forma di manumissione che facevasi davanti al re (per *in pans idest per votum regis*): e il re aveva preso in quest'atto il posto del popolo. Questa forma deve essere analoga alla Franca *per denarium* (*iactus denarii*) la quale come tutte le forme solenni non era compiuta direttamente dal manumittente (*per manum*) ma per mezzo di un intermediario (*per manus in manum*). Questi riceveva il servo dal padrone e alla presenza del re scoteva dalle mani del servo un denaro in segno di rinunzia del censo o servizii che doveva. In progresso di tempo si usò consegnare il servo al re stesso, perchè compisse personalmente come *manus fidelis* l'atto di manumissione; e in questo stadio trovasi la forma longobarda della man. per *in pans* (2). Era propria delle manumissioni degli aldi o altre classi di dipendenti: ma giammai adoperavasi pei *mancipia*. La manumissione *per denarium* (*homo denarialis*) come quella *per gairethinx* rendevano completamente libero (*fulcfree*); cioè nemmeno soggiacevasi al mundio di alcuno (*amund*). Le altre forme davano la libertà ma perpetuavano un rapporto di dipendenza verso l'antico padrone, oltre la *defensio* della Chiesa, cioè non rendevano *amund*. Erano quelle che si compivano *per manum*, cioè senza forme di commendazione ed avevano effetti semipieni. Tali erano le manumissioni *per hantradam* dei Franchi Camavi, consistente non in un processo vero (Havet) ma in un fittizio (analogo alla manum. *per vindictam* dei Rom.) nel quale il manumittente dichiarava con giuramento confermato da 12 congiuratori che il servo era libero (Sohm): quella davanti alla Chiesa (*ad altare*) introdotta da Liutp. nel diritto longob. (3), consistente nella *traditio* del servo fatta dal padrone o dal re al vescovo che poi lo affrancava. Dell'atto si redigeva un documento (*tabula*) dove si registravano i servizii cui il manumesso continuava a dover prestare: onde il nome di *tabularii* alle persone così manumesse, e su queste si esercitava la *defensio* ecclesiastica. Si aggiungano le forme romane volgari *per chartam*, *per testamentum*, *coram testibus:* di regola i manumessi in tali modi non erano sotto il patronato della Chiesa, ma il fisco ereditava da essi se morivano senza eredi (Zeumer). La loro posizione era regolata interamente dai termini in cui era scritta la carta: la quale poteva dire « *habeat portas apertas ecc.* », cioè dare piena ingenuità, oppure stabilire un *patrocinium*, una libertà condizionale, ristretta, per es., nella facoltà di sposarsi, di farsi prete, di vendere, ecc., e con servizii disdicevoli alla libertà, e secondo i servizii o le prestazioni, i manumessi dicevansi *tributarii*, *censuales*, *factitii*, *cerarii*, *ecc.* Prima di manumettere il servo, lo si faceva giurare di osservare le condizioni che il padrone gli imponeva. Lo obbligava alle volte a pagare il prezzo del suo riscatto;

---

(1) Pertile, I, p. 71, n. 44; Heusler, II, 622; Schroeder, p. 217 e *Zeits. f. R. G.*, XX, 54-56; Pappenheim, *Launegild u. Gairethinx*, 31-45; Schupfer, *Arch. giurid.*, 1882.

(2) Di altra opinione è Schupfer, *Legge udin.*, III, 52 e segg.

(3) Del Giudice, *Traccie*, II, 48.

a cedere il peculio, a prestare censi e giornate di lavoro. Questi manomessi andavano così a ingrossare le file dei semiliberi e dei dipendenti.

CAPO VIII.

IV. SEMILIBERI, SERVI DELLA GLEBA E RUSTICI.

157. Sotto la denominazione di semiliberi vanno comprese tutte le categorie di dipendenti, quali per origine, quali per volontaria o forzata dedizione, quali per altre circostanze, in una parola tutte le classi inferiori che partecipavano della libertà perchè avevano una personalità giuridica, e della servitù sia perchè fossero tenute a prestazioni personali, sia perchè fossero legate al suolo. Questi semiliberi diedero poi nel IX sec. un forte contingente alla classe dei servi della gleba. Avevano molti nomi, secondo l'origine e le prestazioni: aldi, liti, coloni, livellarii, censuales, inquilini, tabularii, factitii, cerarii, pertinentes, chartularii, manentes, massarii (Gloss. Cav. « qui ordinatus est superalios in domo senioris sui ») residentes, homines ecclesiastici, denariales, homines regii, homines oblati, votivi, adscriptici, pauperes, egeni, debiles, servi beneficiarii, e nel periodo comunale « fideles, fictaiuoli perpetuales, inquilini, coloni, villani, pensionales, homines de masnata, ecc. ». Tutte queste persone o erano dipendenti dal re, o da una chiesa, o da un *senior*, o da un privato. Parte di esse erano di origine germanica (aldi, liberti) parte di origine romana (coloni, tributarii) parte sorsero per forza delle cose e in virtù dei contratti con cui fu regolata la proprietà sotto l'azione dei benefizii e del feudalismo.

158 (Aldi (*)). Quella classe di dipendenti che i Longobardi chiamavano *aldi*, *aldiones*, i Franchi, gli Alamanni, i Frisoni, i Sassoni, *liti*, *litones*, *leti*, *lazzi* (1), comprendeva persone che stavano non in proprietà di un padrone, ma sotto la potestà di lui, e formavano un ordine ereditario, la cui origine stava nella nessuna attitudine fisica al servizio militare. Lo componevano quindi da principio gli *infirmissimi ex familia*, cioè i liberi non atti alle armi per difetti corporali o per mancanza di coraggio. Ma poi pel principio germanico che virtù e vizii si trasmettono col sangue, questa nota di debolezza e di inferiorità passò di generazione in generazione e originò uno stato sociale. La conquista aumentò il

---

(*) **Bibliografia.** — Schupfer, *Aldi, liti, Romani*, nell'*Enciclop. giurid.*, v. *Aldi;* Boos, *Liten u. Aldionen*, 1874; Hermann, *Ständgliederung bei Sachsen*, 1884. Oltre le opere cit. a § 109; Pertile, § 88.

---

(1) Heusler crede potersi unificare liti e aldi; Schroeder lo nega.

numero di questi pigri, e l'accrebbero le manumissioni semipiene dei servi, fatte colla concessione di un *mansus litilis*, il volontario assoggettamento, il matrimonio di una libera con un servo (Schupfer). Gli Aldi non erano cose, ma persone, non davano servizii nello stretto senso, ma solo *obedientia* al padrone, partecipavano della libertà, che però dai varii servizii e prestazioni era ristretta. Erano annoverati fra i liberi dell'infima classe, assieme alle *minimae personae*. Il padrone (*dominus, senior*), aveva sovra essi un mundio (*defensio, tuitio*), e poichè non erano in sua proprietà, non li poteva vendere, ma poteva bene alienare la terra su cui trovavansi e i servizii che gli dovevano. Al padrone pagavano un censo stabile (*litimonium*), oltre le prestazioni di opere. E alle terre che coltivavano, erano legati (*glebae adscripti*), non le potevano abbandonare, ne seguivano tutte le vicende. Stavano economicamente meglio dei servi e quindi maggior guidrigildo avevano, partecipavano al diritto popolare, sebbene in misura ristretta, essendo dove esclusi e dove ammessi alle assemblee e all'esercito: avevano capacità giuridica, ma non piena (cosicchè presso i Longobardi possedevano solo un peculio, ma non potevano disporne liberamente). Invece avevano un diritto famigliare, erano tenuti ai diritti e ai doveri derivanti dalla faida, avevano propria responsabilità e personalità nello stare in giudizio, sia che li accompagnasse il padrone, sia che comparissero personalmente. L'aldionato cessava per manumissione, colle forme usate pei servi in genere: ma di essi era propria quella *per denarium*, che indica appunto il censo che l'aldio pagava. Cessava di pieno diritto, se il padrone commetteva una grande offesa a carico dell'aldio, o per riscatto. Viceversa, per grave mancanza dell'aldio verso il padrone, si poteva cadere in servitù.

159 (Manumessi (*)). L'affrancamento generalmente era condizionale, e le leggi dicono che il manumesso doveva sottostare a condizioni (*leges* Roth. 226; *mundium* Liut. 10) « secundum quod « eorum epistolae loquuntur o — juxta textus chartarum ingenui- « tatis ». Risultava da ciò una grande varietà nella condizione dei manumessi. Stavano generalmente sotto il mundio dell'antico padrone, che esigeva da loro prestazioni, o servizii, o li destinava alla cultura dei campi, come avveniva pegli aldi, e passavano colle terre da un possessore all'altro. Presso i Longobardi la manumissione privata o con effetti semipieni, poneva appunto il liberto nella classe degli aldi. I manumessi con forme romane o davanti la Chiesa

(*) **Bibliografia.** — V. § 156; Loening, I, 325, II, 228; Zeumer, *Die Beerbung der Freigelas. durch d. Fiscus Forschungen*, XXIII, Bluhme, *Mundschaft n. Langob. R. Z. f. R. G.*, XI, 393.

(*tabularii*), sciolti dall'antico padrone stavano invece in stretta dipendenza dalla Chiesa, essi e le loro discendenze: le dovevano censi, non potevano testare, ed avevano per erede la Chiesa in mancanza di figli; la Chiesa poi li ricompensava rappresentandoli, difendendoli nei giudizii, giacchè in ogni causa contro un *tabularius*, doveva intervenire il vescovo, per impedire che l'antico padrone lo rivendicasse in servitù. I manumessi delle chiese poi non potevano mai raggiungere la piena libertà, perchè il patrimonio della Chiesa non poteva essere diminuito, se non nel caso in cui si riscattassero a denaro contante, o mettessero un sostituto; restavano perciò sempre legati alla Chiesa, della quale erano stati in dipendenza come schiavi. In tal modo, si trattasse di servi suoi o di altri, la manumissione fu un mezzo per la Chiesa di estendere influenza e giurisdizione e accrescere ricchezze. Così il patronato che essa esercitava sopra i manumessi suoi, e su quelli affrancati *in ecclesia* non dava che un posto fra i servi della gleba, ossia fra i semiliberi. Era una innovazione ben contraria alle leggi romane da cui derivavano le forme di manumissione ecclesiastica; ma è mestieri aggiungere che gli stessi liberti dovevano desiderare questa dipendenza che loro assicurava una *tuitio*, tanti erano i pericoli a cui erano esposti, per le minaccie dei *potentes* di ridurli in più basso stato, di gravarli di maggiori servizii. Si aggiunga poi che il manumesso non avendo una famiglia o sippe propria, mancava della difesa che da questa veniva: e poichè tutta la società era basata sui vincoli della sippe, gli era forza stare sotto il mundio o patrocinio di altri. Anche i re e i privati imitarono queste emancipazioni parziali delle chiese, le quali assicuravano braccia ai campi, anzi migliore cultura e conciliavano le aspirazioni spirituali cogli interessi temporali. I manumessi continuavano a far parte della casa del padrone, a servire per lui almeno alcuni giorni e a spartire con lui i prodotti. Il loro guidigildo toccava al padrone, come la loro eredità se mancavano discendenti. Ma il padrone aveva pure dei doveri e una responsabilità pei fatti di loro.

160 (Coloni e Manentes (*)). Il colonato romano non si mantenne invariato dopo la caduta dell'impero. Già sotto Gregorio Magno i coloni di Sicilia avevano deteriorato la loro posizione, essendo stati gravati di nuove vessazioni e di restrinzioni nella libertà di sposarsi e di testare. Al momento delle invasioni per-

---

(*) **Bibliografia.** — Poggi, *Cenni storici delle leggi sull'agricoltura in Italia*, t. II, 1848; Bertagnoli, *La colonia parziaria*, 1877; Gloria, *L'agricoltura nel padovano, leggi e cenni storici*, 1855; Pertile, § 97; Rumohr, *Ursprung der Besitzlosigkeit des Colonen in neueren Toscana*, 1830; Inama-Sternegg, I, 237 e segg., 260 e segg.; Salvioli, *Giurisdiz.*, II.

dettero l'inamovibilità e discesero tanto che le carte li confusero coi servi. Ma passata la bufera dell'invasione, ripresero la loro qualità, più per forza delle cose e per l'eguaglianza nelle condizioni della proprietà, che per effetto delle tradizioni. La loro classe era numerosa. Avevano diritti di famiglia e di proprietà: possedevano terre che trasmettevano ai loro eredi o per testamento. Erano tenuti a coltivare la terra su cui sedevano, a pagare di essa un censo. Portavano le armi, avevano un guidrigildo, si purgavano con congiuratori dalle accuse. La loro condizione di dipendenza era ereditaria, e il feudalismo ribadì al colono i ceppi, facendo dell'inamovibilità un vincolo personale; gravandoli di un censo personale (*colonitium*): cosicchè il colono si accostò al servo della gleba che si andava elevando: pareva un ritorno alla servitù, ma era un ponte per passare alla libertà. Il colono, allo stesso modo dell'aldio e del liberto, poteva uscire dal suo stato per mezzo di una manumissione perfetta o in forza di prescrizione trentennale.

Un altro contingente di dipendenti fu dato da quei liberi libellarii che a poco a poco avevano peggiorata la loro condizione, obbligando sè e i discendenti a non abbandonare più il fondo e a corrispondere servizi personali, e da quei liberi i quali « col capo chino, le braccia tese, il capestro e la campana al collo » offrivano sè e i loro figli alle chiese nella qualità di servi o dipendenti, rinunziavano alla libertà, cedevano i loro beni e imploravano di essere presi sotto la protezione di un vescovo o di un abbate. Essi si vendevano in una parola spinti dalla devozione o dalla miseria, oppure per sfuggire alle violenze dei potenti che insidiavano alla loro libertà e guatavano la loro terra per prenderla e farli servi, per liberarsi dalle ingiuste contribuzioni pubbliche, infine per vivere sicuri e tranquilli senza il pensiero del domani, in mezzo alle invasioni degli Ungari, alle convulsioni politiche e alle guerre per la corona d'Italia. Si dicevano *oblati*, *votivi*, *adscriptitii*, e poichè ricevevano la terra da essi donata od altra a titolo di livello *libellarii*, *censuales*, *censiles*, ecc. Essi conservavano la loro condizione di liberi: ma la loro era una semilibertà perchè limitata dai patti coi quali avevan ricercate le terre, e perchè erano tenuti a prestazioni reali o personali, a falciare fieno nei campi del signore, a trasportare il sale, il grano di lui, ecc. Stavano alla sommità della scala dei dipendenti perchè non eran legati alla gleba e potevano alienare il fondo avuto o rinunziarvi, non dovevano servizi incompatibili colla libertà, ma solo gli *officia quae liberis congruunt*, perchè infine erano tenuti al servizio militare, segno questo della loro ingenuità. Ma tali privilegi che loro assicurava la legislazione franca a nulla servirono per mantenerli in libertà, la quale parve loro un peso e vi rinunziarono; ossia non abbando-

narono le loro terre, vi si fissarono; e i più finirono verso il mille per sottostare a prestazioni contrarie alla libertà ed essere un'ala dei servi della gleba. Le chiese e i potenti esercitavano a danno di essi la prescrizione trentennale, interpretandola nel senso che dopo 30 anni di residenza i *manentes* divenissero servi.

161 (Servi di gleba (*)). Nel corso del sec. x gli aldi, i coloni e tutti quei semiliberi residenti sulle terre di un signore, variamente chiamati e alle più disparate prestazioni tenuti si fusero in una classe che noi diciamo servi di gleba, giacchè allora conservarono generalmente i loro nomi di origine (servi, *manentes*, *supersedentes*, *coloni*). In Francia dove questa classe ebbe lunga vita si dissero manimorte, tagliabili. Entro i confini delle grandi signorie laiche ed ecclesiastiche, sottoposti a uniforme *jus curiae*, sorvegliati dagli stessi *actores* o *iudices*, gli uni a contatto degli altri, riuniti tutti nella stessa oppressione e nella stessa apatia, questi uomini di origine e di diritti diversi finirono per divenire tutti eguali davanti alla terra. Anche i più bassi nella scala della servitù salirono per mettersi al livello di questa popolazione dipendente e migliorarono nella posizione giuridica se non nella sociale ed economica. Quantunque le singole famiglie continuassero a prestare i servizi pattuiti *ab origine*, e su questi vi fosse ancora della difformità, quantunque differenze di carattere contrattuale ancora esistessero e si potessero ancora distinguere i *servi de corpore*, e quelli *de terra*, tuttavia il fatto che erano legati alla gleba, che erano immobili pertinenti al fondo, cui seguivano in qualunque mano, che col fondo potevansi rivendicare, che non potevano essere venduti senza il fondo, era proprio di tutti e bastava per assimilarli. Questo fatto era la loro caratteristica. Non erano schiavi perchè possedevano una personalità giuridica, sebbene limitata: non erano liberi perchè non potevano moversi a loro talento ed erano tenuti a prestazioni disdicevoli colla libertà. Erano addetti alla coltivazione e coltivavano per sè; ma sulla cosa non avevano dominio utile, ma un godimento *sui generis* che non potevano perdere se pagavano il censo. Essi non potevano andarsene, ma nemmeno il padrone li poteva mandare: il che assicurava alle plebi rurali se non un'indipendenza inutile, certo il pane quotidiano. Al padrone

(*) **Bibliografia.** — Cibrario, *L'economia politica nel m. e.; Della schiavitù e del servaggio*, 1868; Allard, cit. a § 151; Villard, *Hist. du proletariat ancien et moderne*, 1882; Schupfer, *Società del comune*, p. 3-16; Pertile, § 89; Winspeare e altre opere cit. a § 119; Bianchini, *Storia delle finanze del regno di Napoli*, *Storia dell'econ. in Sicilia,* cit. a § 146; Santini, *Gli abitanti del contado nel sec.* XIII, *Arch. stor. ital.*, serie IV, t. XVII, 1886; Rumhor, cit. a § 160; Sugenheim, *Gesch. d. Aufhebung d. Leibeigenschaft in Europa,* Petersburg, 1861; Marini, *Abol. delle bannalità,* 1848.

quali dovevano una parte dei prodotti, quali giornate di lavoro gratuite (*angarie*) come coltivargli le terre, costruirgli le case; quali censi in denaro o in natura; quali opere strane, esorbitanti, ridicole. Spesso non dovevano che degli atti formali in ricognizione del diritto del signore (*pro laude et consensu*): un paio di scarpe o di guanti, dei ferri da cavallo, dei carri di foglie secche. Il censuario di un monastero doveva il fumo di un pollo. Le loro prestazioni assumono infiniti nomi secondo le regioni: e vedesi come in certi luoghi i signori trovassero il modo di far pagare ai loro servi della gleba l'aria e la luce. Pagavano relevii alla morte del signore (*mutagium*), laudemii di regresso (*raccapitium*), relevii alla morte del possessore, come il miglior capo del bestiame o la miglior veste, e inoltre decime. Si aggiunga che non potevano cacciare, legnare, far ghiande nelle foreste, non mietere e vendemmiare nè vendere le derrate prima del signore. Sovra essi sfogossi tutta la prepotenza feudale. Non potevano contrarre matrimonio senza il consenso del padrone: solo nella 1ª metà del sec. XII la Chiesa ritenne potessero farne a meno. L'immaginazione spaventata dai tanti eccessi baronali creò la leggenda che dalla sposa del servo il padrone cogliesse per diritto inumano le primizie (1). Certo è che per sposarsi dovevasi sempre pagare una tassa che non era forse tanto un riscatto da quest'oscena pretesa quanto il premio per l'assenso dato. Se un servo sposava una libera, diveniva pure serva, i figli seguivano sempre la condizione peggiore. Se la moglie era di altro padrone, la prole dividevasi fra questo e il padrone dell'uomo. Generalmente si trasmettevano fra loro, fra i parenti con cui vivevano in comunità, il peculio che si erano formato, del quale il signore avrebbe potuto impossessarsi. Secondo alcuni *jura curtis* potevano anche testare su piccole somme. Mancando i parenti tutto ricadeva al padrone. Avevano capacità di acquistare ma il loro peculio come quello ricevuto dal padrone non potevano alienare che a persone del signore e coll'assenso di questo. Sottostavano alla giurisdizione patrimoniale del loro signore, dopo che questa si fondò per le grandi immunità e corti nel corso del sec. IX.

162. L'abolizione del servaggio della gleba è stata opera di secoli anche in Italia. Non scomparve, ma si trasformò dove più, dove meno, verso la libertà; in alcuni luoghi furono tolti tutti gli ostacoli alla libertà, spezzati i vincoli che legavano al suolo, e regolati con nuovi contratti i rapporti fra proprietarii e coltiva-

(1) Schmidt, *Jus primae noctis. Eine geschichtl. Untersuch.*, 1881. La leggenda sorse tra il XV e il XVI secolo: ma come eccezione pare in qualche paese che il *jus p. n.* fosse praticato. Anche Raumer, Forti, Veuillot l'avevano negato. In Piemonte mai fu praticato: v. Gallenga, *Storia del Piemonte*, I, 321.

tori; in altri invece il servo non fu più legato al suolo, ma tenuto a servizii e a prestazioni disdicevoli colla libertà e di carattere feudale. Furono i Comuni settentrionali a intraprendere questa trasformazione. Grazie loro, nel sec. XIII il servaggio era scomparso o per dir più esattamente, trasformato nella Lombardia, nella Emilia, in Toscana. In Piemonte, nell'Italia Meridionale, e specie in Sicilia, la trasformazione fu più lenta, e a carico delle plebi rustiche durarono per lunga pezza oneri che avevano origine dal servaggio della gleba, e davano loro ancora il carattere di servi.

La più antica disposizione in favore dei servi della gleba, trovasi a Genova nel 952, dove furono autorizzati i servi a vendere le terre livellarie. Pistoia nel 1205, Vercelli nel 1243, presero qualche misura per diminuire i diritti dei signori sui loro dipendenti. Bologna, nel 1256, comprò i coloni dai signori del contado, ma non li fece liberi completamente da ogni condizione; accordò loro personalità giuridica, in modo che usufruissero dei diritti e fossero sottoposti ai doveri degli altri soggetti del comune, ma quanto ai rapporti d'interesse coi loro padroni, non introdusse alcuna modificazione, e solo nel 1283 rallentò i legami che a quelli stringevano i *fideles*. Firenze nel 1289 vietò la compra de Fedeli, coloni perpetui, ascrittizii, i quali, sebbene tenuti a speciali prestazioni, erano liberi di fronte al Comune, potevano possedere, comparire in giudizio, ecc. I Comuni non trovavano incompatibilità tra la libertà e la condizione di perpetua permanenza nel fondo coltivato, perchè questa era basata su contratto, ma non tolleravano la vendita delle persone, contraria al concetto di liberi comitatini. Con altri decreti del sec. XIV e XV, Firenze annullò i contratti di livello, enfiteusi, contenenti diritti di omaggio od accomandigia personale, quando questi non fossero corrispettivi della concessione. Volevasi aumentare il numero dei liberi comitatini sciolti da condizione o soggezione verso i padroni, e quindi volevasi affrettare il disorganizzarsi dei resti feudali; ma nello stesso tempo, guardavasi di ledere i diritti dei padroni sulle persone.

Tali provvedimenti non erano dettati tanto da umanità, quanto da cupidigia di signoreggiare in luogo dei conti rurali, e dall'interesse politico di rallentare i legami tra feudatari e soggetti, col sottoporre questi al comune; e li copiarono le minori repubbliche toscane, che erano nella stessa condizione di temere la rivalità e l'odio dei magnati. Difatti, nè Firenze, nè le altre città toscane intesero spogliare della proprietà i legittimi padroni, ma solo annullare i contratti che trasferivano nei magnati il dominio dei fondi per un titolo meramente signorile, volendo che ritornassero a chi li aveva infeudati, e intesero solo vietare il commercio degli immobili, in un coi diritti di signoria. Invece vi furono altri comuni che procedettero più radicalmente, comprarono i dipendenti e li dichiararono liberi, affittando loro terre, perchè rimborsassero la città della moneta di affrancamento: si dicevano *fumanti*, e al rimborso erano obbligati sulla persona e sui beni. Altri accolsero i fuggiaschi della gleba, fondarono i borghi franchi, i castelli franchi, dove godevano libertà tutti quelli che vi andavano. Anche queste mi-

sure erano dettate piuttosto dall'egoismo dei nuovi arricchiti, della classe mercantile che signoreggiava il comune: giacchè, mentre i Comuni tagliavano i nervi ai signori col privarli di queste genti, creavano una popolazione agricola, della quale mancavano i cittadini proprietarii.

Gli Svevi mitigarono in Sicilia la servitù della gleba, dichiarando che il principe solo è padrone delle persone e che nel dubbio le persone si debbano attribuire al demanio. Federico II ordinò che i coloni dei baroni e delle chiese, sebbene tenuti a ignobili servizii, fossero liberi di comprare beni allodiali nei luoghi di regio demanio, liberi di disporne senza gravezze e senza limitazioni verso il feudatario; vietò a chiunque per terra o feudo ricevuto da conte o Chiesa, obbligarsi a servizii con convenzioni e raccomandarsi alla protezione e dominio altrui; e volle che il dominio si dovesse solo riconoscere col pagare censi. Ma la sua politica emancipatrice andò travolta nell'occupazione angioina, che anzi favorì le commende di persone alle chiese. Difatti continuarono le terre nobili e feudali ad essere coltivate da *villani*, che stavano sotto il perpetuo dominio del signore del luogo, cui prestavano giuramento di fedeltà e servivano con determinati servizii e con rendita certa, e il signore teneali come cosa propria e aveva diritto di revocarseli come al vero suo dominio appartenenti (Gregorio). Il loro stato venne successivamente modificandosi. Anche i villani acquistarono il diritto di muoversi in seguito a concessioni, a transazioni, a permute, il diritto di far testamento, ricevere e acquistare proprietà, aprire nuove famiglie col matrimonio: divennero in una parola *rustici*, tenuti a gravi servizii personali e durarono in quest'umile e gravosa condizione, fino al principio di questo secolo.

Nel Piemonte i servi della gleba rimasero legati come immobili al fondo, anche nel sec. XVI. Emanuele Filiberto fece per abolirli (1561, 1568); ma troppi erano gli interessi che sarebbero stati danneggiati, e la riforma abortì per allora, e non riuscì che nel 1762, quando il governo mise a carico dei comuni l'obbligo di riscattare dai padroni i servi che ancora esistevano.

163 (Rustici e Contadini (*)). Dalle lente trasformazioni che per forza di leggi e per l'azione di riscatto e di convenzioni subì il servaggio della gleba, sorsero le plebi rustiche del periodo comunale e dell'evo moderno. Di questa loro origine esse portarono per lungo tempo lo stigma, imperocchè se gli *homines* del contado, i *comitatini* (v. § 147) erano liberi e facevano parte del Comune, la maggior parte continuava ad essere *fideles*, cioè soggetti ai signori del contado, in relazione agli antichi diritti di dominii e tenuti a prestazioni e servizi. Economicamente la loro posizione non mutò, anzi per opera della colonia parziaria peggiorò. I pro-

(*) **Bibliografia.** — Poggi, Gloria, Bertagnoli, Pertile, § 97; Leo, *Storia d'Italia*, II; Perrens, *Hist. de Florence*; Raumer, *Storia degli Svevi*.

prietari per timore che i coltivatori immigrassero alle città, nel conceder terre ponevano per condizione che le coltivassero in perpetuo: e così si ebbe un'altra servitù della gleba, perchè questi *fictaiuoli perpetuales*, *inquilini*, *cultaioli* non erano prosciolti dai loro legami se per vendita o cessione o per diritto di dominio e di possesso sulla terra passavano da un signore all'altro. I Comuni poi riconobbero piena forza a questi patti e proibirono ai contadini abbandonare le colonìe dei poderi se non col consenso del padrone, misero impedimenti perchè uscissero dalla loro classe, non li difesero contro i soprusi dei vecchi e nuovi padroni, questi non meno esigenti di quelli: e le disposizioni che stabiliscono il *maximum* dei salarii, i lavori da farsi, ecc., provano che i Comuni garantirono solo gli interessi dei proprietarii, rimisero tutto ai patti che questi dettavano e per ultimo ricorso all'arbitrio degli ufficiali di grascia. Nè solo questo toccò ai coloni che provenivano dal servaggio, ma anche a quei liberi agricoltori che erano stati antichi livellarii: dove prima, dove dopo divennero essi pure semplici operai tenuti a gravosissimi lavori con scarsi compensi, dotati di una libertà politica irrisoria che non li compensava della peggiorata situazione economica. Le molte categorie di liberi e semiliberi agricoltori furono dopo il XIV sec. livellate e formarono il proletariato agricolo dei nostri giorni.

Difatti, distrutta la feudalità, i proprietarii non ebbero più interesse a consentire il dominio delle terre temporariamente allogate come pegno di fedeltà di vassalli: e piuttosto riacquistata la libera disposizione di esse stimarono utile assicurarsi una rendita perpetua senza l'onere di alcuna spesa, cedendo ai coltivatori o in tutto o in parte il dominio dei fondi. Sorsero in conseguenza i contratti di colonìa, di rendita, di fitto o censo perpetuo, quasi generali dopo il sec. XIV, mercè cui i padroni lasciando ai conduttori il libero godimento e talvolta la piena disponibilità dei terreni, imposero loro responsioni di varia natura. Così migliorarono quelli che avevano ricevute terre a colonìa o fitto per lunghissimo tempo, con responsioni di annue quote di prodotti non aumentabili per alcun evento: peggiorarono quelli che ebbero terre in fitto a breve tempo o a mezzadria o colonia parziaria; e furono i più. Questi (coloni, partiarii, massari, terzaroli, quartaroli) furono gravati di tali pesi e servizi che non lavoravano per sè ma pel padrone e appena restava loro da sfamarsi. Oltre la metà o 2|3 e più dei prodotti, dovevangli prestazioni di mano d'opera, corvate, comandate, censi; spesso dovevangli vendere i prodotti al prezzo che voleva e usare del suo molino, ecc., e facendo testamento a lui lasciare qualche cosa. I proprietari non ebbero misura nelle pretese e tutto potevano osare perchè grande era l'offerta di braccia

e la concorrenza: si attennero alla colonia parziaria ben più proficua ad essi che la perpetuità degli antichi rapporti dai quali non traevano che 1[4, 1[7 o 1[10 dei prodotti. La mezzadria si diffuse nel sec. XVI molto nell'Alta Italia e Centrale, poco nel Napoletano e Sicilia: qui solo tardi fu adoperata pei beni delle chiese. Stretti dai debiti che facevano col padrone nelle annate cattive e che ingoiavano i profitti delle buone, sotto l'impero di leggi che vietavano di prendere coloni che avessero debiti col precedente padrone, molti mezzadri discesero ancora e divennero braccianti ossia giornalieri salariati. Così oppressi, erano spinti sulla via del furto, e venne un adagio forense: *colonus, ergo fur*.

Dal sec. XVI-XVII causa la politica mercantile e gli intendimenti dei Governi di ravvivare i vincoli feudali (come volevano i Medici), i coltivatori di terre altrui furono gravati di oneri abbietti e umilianti; fu loro inibito di emigrare anche temporaneamente, di mutar cultura e ordinato a chi dovevano vendere i prodotti, a quali prezzi, ecc. Ed erano affamati e vivevano in tane: correvano in truppe le campagne per procurarsi alimenti. L'agricoltura italiana dava allora una carestia ogni 3 anni: un raccolto abbondante ogni 19. Solo alla fine del sec. XVIII si pensò dai Governi a loro: un po' in Piemonte nel 1771, molto in Toscana nel 1774 da Leopoldo I che soppresse le gravezze e le comandate a carico dei contadini, abolì l'odiosa distinzione fra campagna e città, diede ai contadini la facoltà di lavorare in città e scegliere nuovi mestieri, e che per rialzare la dignità compressa e conculcata, ordinò che i capi delle famiglie coloniche facessero parte delle rappresentanze municipali. Mantenne però Leopoldo I i servizi personali per chi abitava nei territori feudali. Per rimediare agli inconvenienti della colonia che aveva fatto dei contadini tanti operai in servile dipendenza verso il proprietario, aprì loro la via per acquistare la proprietà enfiteutica, cedendo beni della Corona e dei comuni. Ma fu la Rivoluzione francese che in Italia spezzò queste ultime traccie feudali, questi avvanzi del servaggio della gleba, perpetuatisi sui contadini. Dove la rivoluzione non penetrò, quest'abolizione e il riconoscimento nella piena libertà del lavoro non avvennero che più tardi: in Sicilia, a parole, nel 1812: in Sardegna nel 30 giugno 1837. In Sicilia a quest'epoca e anche dopo erano in vigore tutte le soperchierie distruttrici di ogni proprietà reale, le riserve, i servizii, le proibizioni addossate ai coltivatori nelle concessioni censuarie. I villani e rustici dovevano ancora angarie e perangarie introdotte dalla prerogativa signorile, corrispondenze di galline, testatico, premi, vetture, obbligazioni a trasportare i generi del barone, vendergli con prelazione i prodotti, opere personali e prestazioni servili, obbligo di molire al suo molino, cuocere pane solo

al suo forno, albergare al suo fondaco, vendere alle sue taverne, ecc. Bannalità sifatte durarono anche in Piemonte finchè furono abolite nel 1849 (§ 131). Queste secolari diseguaglianze vinte così di recente, se non influivano sulla capacità giuridica del contadino, lo tennero in un'abbiezione da cui solo ora le plebi rustiche vanno sollevandosi.

CAPO IX.

I FORESTIERI (*).

164. Presso tutti i popoli primitivi lo straniero è senza diritti, esposto all'arbitrio delle persone nel cui territorio esso trovasi, perchè il diritto e la pace essendo il risultato di un accordo fra i consociati esiste solo per questi, per chi, cioè, è parte del popolo. Così anche presso gli antichi Germani lo straniero non era protetto dalla legge propria, nè da quella del popolo presso cui trovavasi, e se qualcuno non gli offriva ospitalità o non dichiaravasi suo tutore e difensore, poteva essere ucciso impunemente o diveniva servo di chi lo prendeva, finchè non riscattavasi (Heusler, Brunner: contro Wilda). Solo scampo suo era dunque invocare la protezione di alcuno (*senior* o *patronus*): nel qual caso a questo dovevasi rispondere delle offese fatte contro lo straniero. Ma non andò guari che per gli accresciuti rapporti dei Germani con altre nazioni, si introdusse la consuetudine di riguardare come protetti dal re quei forestieri che non avevano un particolare tutore: da principio ebbero il mundio regio quelli che l'invocavano o quelli che viaggiavano a luoghi santi; in seguito fu privilegio di tutti i forestieri che d'allora si dissero *wargangi*. Con ciò non acquistarono piena capacità nè furono assimilati agli indigeni. Delle leggi proprie d'origine non godevano, ma vivevano secondo il diritto personale del loro patrono o del re, e solo in forza di speciale privilegio regio potevano seguire un altro diritto: avevano un guidrigildo, ma andava pagato al patrono o al re: non potevano possedere terre, che col permesso del re, non alienarle o disporne per testamento in mancanza di figli, perchè l'eredità toccava al

(*) **Bibliografia.** — Morpurgo, *Condiz. giurid. dei forestieri in Italia nei secoli di mezzo*, *Arch. giurid.*, IX, 1872; Volpicella, *Diritto di albinaggio*, 1848; Fusinato, *Digesto italiano*, v. *Albinato;* Capuano, *Dell'albinaggio*, *Mem. d. Acc. di Napoli*, 1887; Demangéat, *Hist. de la condit. civile des étrangers en France*, 1844; Sapey, *Les étrangers en France sous l'ancien et le nouv. droit*, 1843; Soloman, *Cond. jurid. des étrang. dans les législ. ancien. et le droit mod.*, 1843; Engelhart, *Peregrin. conditio apud Germanos*, 1841; Brunner, § 35; Pertile, § 98; Grimm, 396-403; Homeyer, *Ueber die Heimat n. altd. R. Berl. Ak.*, 1852; Ciccaglione, *Encicl. giur. v. Asilo*, § 73, 86-90; Lattes, *Dir. comm. n. legisl. stat.*, 91.

re, e presso i Franchi sempre andava al re anche se vi erano figli (*ius albinagii*): i reati contro essi erano puniti ma con pene minori in confronto dei nazionali. Colla formazione dell'impero franco, non mutò la posizione dei forestieri, nè ad essi applicossi il principio della personalità del diritto: tutti i soggetti allo scettro imperiale furono ritenuti eguali davanti alla loro legge e a quella dell'impero e fu riconosciuto il loro diritto di origine. Ma i forestieri, cioè quelli che non facevano parte dell'impero, continuarono ad essere regolati dal mundio e dalla legge del re.

Peggiorò col feudalismo la condizione degli stranieri: nei feudi essi dipendevano unicamente dall'arbitrio del signore, dove sottoposti a gravi tasse di dimora e per comprare la protezione della legge locale, dove perfino fatti servi appena ponevano piede nel territorio feudale. Nei Comuni la prevalenza del concetto di un municipalismo ristretto, le gelosie fra città e città, la politica economica ispirata alla più esagerata protezione pei cittadini, l'assenza di ideali umanitarii mantennero sempre pessima la condizione dello straniero. Non solo gli era negata ogni capacità politica, ma anche la civile e la commerciale e a carico di lui messi tutti i sospetti e le prevenzioni. Quasi ovunque non poteva possedere terre o case, nè ereditarne; e se gli toccavano doveva venderle tosto; non ammesso come attore nè come teste nei giudizii, non autorizzato ad abitare se non dava cauzione, punito più gravemente, mentre i suoi offensori l'erano in modo più lieve, gravato di molte imposte. A Venezia non era ammesso a commerciare, altrove gli era vietato sposar donne del comune se ricche. Ed era inoltre sempre esposto agli arbitrii e alle violenze derivanti dall'esercizio delle lettere di rappresaglie, quando un abitante del territorio dove egli trovavasi, aveva crediti verso un concittadino di lui, e se ne rimborsava estorcendo, sequestrando e vendendo i beni del forestiero incolpevole, fino al soddisfacimento del debito.

Ovunque poi i forestieri erano esclusi dal godimento dei diritti politici, dalle cariche sì laiche che ecclesiastiche e dagli onori. Non potevano essere vescovi, nè avvocati — ma per contrario si schiusero sempre loro le porte dell'insegnamento. Fu oggetto di grandi malumori a Napoli una disposizione emanata da Carlo V che restrinse siffatta regola: e fu una soddisfazione data alle reiterate richieste e al sentimento locale quando nel 1708 l'imperatore Carlo VI prescrisse che tutte le cariche pubbliche, beneficii, abbadie, dignità, priorati, pochi eccettuati, dovessero godersi dai regnicoli. Tale disposizione che ha il suo valore quando si pensi che l'Italia era allora soggetta agli stranieri che vi prendevano tutto, oro, dignità, cariche e sangue italiano fu inserita da Carlo III, 1737, nel Concordato con Benedetto XIV e nel Cod. del 19. I Comuni però

allo scopo di attrarre popolazione, commercio e ricchezze entro le mura cittadine non erano restii di facilitare le naturalizzazioni e, se poteva giovare agli interessi locali, cercarono attrarre i forestieri con privilegi, esenzioni di tasse e dazii. Nelle città dove vi erano università, gli studenti forestieri godevano immunità e non erano soggetti alle spogliazioni dell'albinaggio. Le città commerciali e marittime fissarono consuetudini miti ed umane riguardo ai forestieri, e tutte nei periodi delle fiere sospendevano le leggi ad essi avverse, li trattavano come gli indigeni, li ammettevano a vendere, a comprare, ad adire ai tribunali, ad avere la protezione dei giudici delle fiere, senza prestare la *cautio judicatum solvi* (Lattes). A proposito della quale troviamo che molti giuristi, seguendo un precetto del diritto canonico, la condannavano dicendo che il re deve far giustizia a tutti indistintamente. La naturalizzazione fu ignota nel periodo feudale: in sua vece usavansi le raccomandazioni, mercè cui il forestiero che non bastava a tutelar sè e le sue cose si confidava nelle mani di un forte che ne assumeva le difese. Non diveniva però cittadino: era vassallo di un potente, non membro della nazione e viveva sicuro delle violenze altrui. Le prime forme di naturalizzazione che ci offrono i Comuni, consistono nelle lettere di salvo-condotto: poi dai Consigli venivano rilasciate carte di incolato od adozione. In Sicilia sotto gli Aragonesi il diritto di concedere la naturalità risiedeva nel parlamento (c. 418 di Alfonso). E gli stranieri per nozze strette con una regnicola, partecipavano dei diritti della cittadinanza (cosa non ammessa nemmeno al secolo XVIII in altre parti), e, fatto più singolare, potevano aspirare alle cariche pubbliche e ai benefizii (c. 386, 416 di Alfonso). Più tardi si distinse una naturalizzazione grande e una piccola. Vi furono dei cittadini *De intus tantum* che acquistavano solo la capacità di esercitare delle funzioni inferiori o qualche industria: e altri *De intus et extra* che tutti i privilegi e diritti ottenevano. Al sorgere dei Comuni acquistavasi la cittadinanza giurando la compagna, abitando dieci anni nella città (Bartolo), pagando le imposte ed anche per privilegio. In generale si gravavano i naturalizzati di obblighi maggiori, nè si incoraggiavano in alcun modo gli stranieri a chiedere la cittadinanza (1). Era condizione però per ottenerla il professare la religione cattolica (principio che non trovasi più prescritto nelle Due Sicilie 1817). I monaci non erano mai riguardati come forestieri, ma cittadini della città ove risiedevano.

165. Delle incapacità legali che colpivano il forestiero la più esorbitante era quella chiamata *diritto di albinaggio* (*alibi natus*,

---

(1) Grandjean, *Acquisition du droit de cité a Sienne au* XIV.me *s.* nelle *Mélanges d'archeol. et d'histoire*, 1883.

droit d'aubaine). Così dicevansi e l'incapacità del forestiero di succedere *ab intestato* o di disporre o di ricevere per atto di ultima volontà, e il diritto del re di raccogliere i beni dello straniero che moriva testato o intestato senza figli legittimi. Le radici di questa costumanza trovansi nel diritto longobardo e franco. L'Italia fu la prima ad abolirlo fin dal sec. XIII (1): ma in qualche regione restò in vigore fino al secolo scorso.

Il diritto di albinaggio si consolidò e si sviluppò nei territorii feudali: e quindi meno in Italia che in Francia e altrove. I signori avendo ottenuto un potere assoluto sulle terre e sulle persone dipendenti dalle loro signorie, ridussero gli stranieri che qui venivano a stabilirsi, allo stato di servi: e come tali perdevano la proprietà dei loro beni che erano confiscati a profitto dei Signori. Da parte sua l'imperatore considerava i beni degli stranieri come *bona vacantia*. I Comuni non furono, per regola, più liberali: non mancano eccezioni nel sec. XII, ma sono frutto di convenzioni dettate dall'interesse, nelle quali pattuivasi la reciprocità (Pietro di Arborea 1188: convenzioni fra Genova e Torres 1191). Ragioni politiche, poichè essendo l'Italia divisa in cento Stati temevasi che l'abitante della città vicina potesse nella qualità di possessore e contribuente esercitare diritti politici, — ragioni economiche per cercare che la proprietà restasse tutta nelle mani dei cittadini, giustificavano allora queste misure. Ma ispirandosi ai libri sacri alcuni Papi (Eugenio III e Alessandro III) avevano condannato quest'uso, quando la mente illuminata e riformatrice di Federico II emanò nel 1220 a Bologna una legge (inserita nel Codice VI, 59, sotto forma di Autentica) destinata per tutto l'impero, nella quale stabilivasi che tutti i forestieri abitassero ove volessero, che potessero liberamente testare o ricevere per testamenti, che le loro successioni intestate fossero *per manus episcopi loci* consegnate agli eredi legittimi o testamentarii o in loro mancanza erogate a scopi pii, che l'ospite nulla potesse pretendere o toccare, pena la restituzione del triplo al vescovo, e la privazione del diritto di testare, malgrado qualsiasi legge in contrario. Tal legge così esplicita non solo non estirpò la mala usanza, ma fu accomodata dagli interpreti ai sensi del tempo, limitandosi il numero dei successibili e distinguendo sulla qualità dei beni. La Chiesa poi aveva profittato di quelle parole relative all'intervento del vescovo per attribuirsi giurisdizione sulla eredità dei forestieri. La mala consuetudine scomparve da Napoli e Sicilia e dagli Stati della Chiesa: ma restò nell'Alta Italia e specie nel Piemonte, quantunque usata con moderazione e mantenuta più per rappresaglia contro i Francesi (come il mostrano leggi piemont. del sec. XVI) giacchè in Francia fino al sec. XVII i forestieri non potevansi sposare che col permesso del re che per concederlo confiscava 1|2 o 1|3 dei loro beni (*formariage*), pagavangli annua imposta (*chevage*) e fino al 1790 dovevano depositare

---

(1) Invece Morpurgo vuole che in Italia appena se ne trovi qualche traccia, e Volpicella pensa che in Sicilia mai siasi praticato.

forte cauzione per tener banco e adire in giustizia (*cautio iudicatum solvi*), non potevano disporre per testamento dei beni situati in Francia, non avevano parentela civile.

Al sec. XVIII il diritto di albinaggio è espressamente sancito nelle costituzioni piemontesi e nelle estensi del 1771. Dicono queste: « Affine di conservare i beni ne' nostri sudditi, alcuno forestiere non possa senza nostra licenza acquistare per donazione, cessione, compra nè succedere per testamento o *ab intestato* in beni stabili entro lo Stato, dovendo tali forestieri essere ed intendersi perpetuamente esclusi ed incapaci di acquistare e succedere; i beni nel caso di contratto tra vivi devolveranno al fisco, nel caso di successione spetteranno ai sudditi più prossimi purchè abitino nello Stato ». Se il forestiere riceveva beni per dote o pagamento giudiziale doveva venderli entro 3 anni a un suddito. Le figlie che si sposavano fuori Stato erano escluse dalla successione. Ma d'altra parte si sanciva il principio del trattamento reciproco in virtù dei trattati e si agevolava l'acquisto dell'incolato.

In tutta Italia poi, dove come sostitutivo di questo diritto, dove quale aggravio di tali incapacità, si colpirono i beni dei forestieri di speciali gravezze oltre le ordinarie. Dove potevano ereditare o trasmettere per successione, il fisco prendevasi 1|2 o 1|3 o meno della successione (*gabella hereditaria*, *detractus realis*). Ovunque pagavano speciali tasse (il *valimento* in Sicilia e Napoli). E per impedire che i forestieri facessero simulate vendite e frodassero il fisco, vietossi loro vendere a indigeni senza licenza regia, oppure si ordinò che i compratori continuassero a pagare le maggiori imposte (*Sicul. Sanct.*, 1714, 1745).

Il Codice napoleonico e gli italiani da lui derivati abolirono il diritto di albinaggio e si rimisero alla reciprocanza diplomatica. Il grande progresso fu compiuto dal Codice italiano che proclamò l'eguaglianza del cittadino forestiero davanti la legge civile.

166. I forestieri erano ancora esposti a un'altra violenza, cioè al diritto di naufragio per cui le persone e le robe dei naufraghi del mare o dei fiumi spettavano al re o al signore della riva dove erano state gettate. Nell'esercitare poi tal diritto non guardavasi se i naufraghi erano forestieri o cittadini, che tutte le robe gettate dal mare a chiunque si appartenessero, erano ritenute come doni di Dio. Quest'usanza che venne di Germania e durò lungamente nei mari nordici, fu presto combattuta in Italia. La prima misura contro il diritto di naufragio trovasi nella *Pactio* di Sicardo principe longobardo colle città di Napoli, Amalfi, Sorrento fatta nell'836 in cui convennesi che gli oggetti naufragati fossero restituiti ai loro proprietari. In seguito papi (Gregorio VII, 1078), imperatori (Federico II) e repubbliche (Genova, Pisa, Venezia), lo vietarono: ma esso fu piuttosto abbandonato in virtù di trattati che le città italiane facevano fra loro per assicurare la navigazione, il commercio, i beni e la vita dei rispettivi sudditi, e gli ultimi resti scomparvero nel secolo XVI, sotto Carlo V che promulgò leggi

in favore dei naufraghi (1547), ma nello stesso tempo stabilì che il fisco non dovesse render più conto dei loro beni venduti dopo un anno.

CAPO X.

LE PERSONE GIURIDICHE (*).

167. La dottrina delle persone giuridiche ha avuto le sue vicende dopo la caduta dell'impero romano. Quantunque l'idea di una persona morale appartenga anche ai periodi di una limitata cultura giuridica, e sia antica, come lo Stato e le comunità, tuttavia la sua perfezione abbisogna del lavoro scientifico. Presso i Germani non mancò il concetto dell'*universitas* o *corpus* come ente distinto dall'unione di molte persone; ma non era un concetto chiaro, definito, coerente; cosichè non distinguevasi chiaramente l'ente ideale dalla cosa che gli era sustrato. Quindi la comunità stava, se non nell'idea, certo nelle applicazioni, confusa cogli individui che la componevano, non si avevano rappresentanti che agissero nei tribunali, ma o dovevano intervenire tutti i membri o simulavasi che intervenissero personalmente e si obbligassero coi proprii beni: di conseguenza nessuno era ammesso a far testimonianza nelle cause del proprio comune, e se la comunità aveva commesso delitto, se ne punivano indistintamente tutti i membri (1). Poi il diritto canonico e le scuole dei giuristi e canonisti formularono la teoria della personificazione in senso stretto, cioè ritennero le persone giuridiche quali enti di mera creazione legislativa e fittizia, finzioni inventate per trovare un soggetto giuridico dove nulla era di reale, teoria che regnò in Italia nella letteratura e nelle leggi (Cod. it. 2) fino ai giorni nostri.

I (Lo Stato (**)). Ai tempi antichi lo Stato che rappresentava l'intero popolo in un'unità ordinata, era una personalità giuridica. Solo l'onnipotenza del re nella monarchia franca (v. § 110) operò un mutamento, e le qualità di Sovrano e di proprietario si confusero nella stessa testa. L'*imperium* e il *dominium* non furono

(*) **Bibliografia**. — Gierke (v. § 4); Heusler, I, § 54-61; Stobbe, I, § 50; Beseler, § 65-71; Pertile, § 106; Savigny, *Sistema*, II; Heisser, *Étude sur les personnes morales en dr. rom. dans l'ancien et mod. droit*, 1871; Vauthier, *Études sur les personnes morales dans le droit rom. et franc.*, 1887; Giorgi, *Dottrina delle persone giuridiche*, I, 1889; *Riv. ital. d. scienz. giurid.*, VIII, 44.

(**) **Bibliografia**. — Le opere di Bluntschli, Held, Stein, Mohl, Spencer, Gneist, Palma, Brunialti, Scolari, ecc.

(1) Non mancano però esempi in contrario e questi provano l'incertezza della dottrina presso i Germani.

distinti. Il re divenne tutto e il suo patrimonio privato non fu separato da quello dello Stato. Il re procedette come proprietario, e lo Stato assunse un carattere patrimoniale e signorile. Il patrimonio dello Stato fu considerato come appartenesse al re e alla sua famiglia che ne era dotata: e il re ne disponeva come di cosa propria. Il fisco cessò di essere una persona morale, e non ebbe esistenza giuridica, a sè: anche lo Stato non fu più una persona giuridica, un'astrazione capace di diritti, ma si incarnò nella persona del principe. A queste idee sono informate tutte le monarchie italiane fino ai giorni nostri: al dominio di esse neppure sfuggì il sacro romano impero, malgrado la forte corrente di idee romane che l'animò. Furono i tempi moderni che spogliarono la sovranità dagli elementi materiali e diedero una personalità giuridica allo Stato e al fisco (Stein, Bluntschli).

II (Le comunità (*)). Attraverso le oscurità dei tempi veggonsi presso i Germani grandi e piccole frazioni di popolo, famiglie o associazioni famigliari, unite per coltivar terre, formando consorzii, marche (v. § 25), unioni economiche e giuridiche, entro cui formaronsi poi le proprietà private. La comunità di scopi e di interessi rendeva quell'associazione un tutto, una persona giuridica (corporazione di marca). I *bona comunalia*, le partecipanze delle città italiane, le terre riservate ai comunisti e disegnate come proprietà dell'*universitas*, *comunitas*, ebbero esse pure vita propria e individuale come le antiche marche. Anche il Comune fu un potere politico e un istituto giuridico, un'associazione dotata di diritti politici e privati, i cui membri si trattavano reciprocamente da associati, usavano in comune delle cose, di cui la proprietà era loro attribuita e contribuivano proporzionalmente alle spese. Ebbe una personalità giuridica, ma non perfetta; non si arrivò a separare i diritti e i doveri degli associati, da quelli del Comune, a staccare la parte ideale dagli elementi materiali. La unione fraterna dei membri, la solidarietà dei loro interessi, non annullavano le loro individualità a profitto del Comune, e quindi questo restava una società ordinaria, la collezione di uomini strettamente legati e che costituivano un assieme omogeneo, una vera unità giuridica, grazie al possesso permanente di privilegi comuni e al compimento prolungato di doveri identici. Da questa incoerenza nel concetto della *universitas* dipendono le disposizioni statutarie che ritenevano responsabili tutti i membri per reati dell'associazione, oppure punivano questa pel delitto di un membro. Sotto l'a-

---

(*) **Bibliografia.** — Hanssen, *Agrarhist. Abhandl.;* Waitz, I, 6-224; Löw, *Markverfas*, 1829; Maurer, Thudichum (cit. § 24); Salvioli, *Consortes et colliberti*, cit. a § 109.

zione del diritto romano, questi concetti si perfezionarono. La *communitas* fu una completa idea giuridica, rappresentata dal suo sindaco, ed era dove questi era; l'*universitas* fu *nomen juris non personarum*, con responsabilità propria, distinta da quella dei *singuli*.

III (La chiesa (*)). Le fondazioni ecclesiastiche, chiostri, parrocchie, cappelle, che abbisognano di un'indipendente personalità giuridica, l'ebbero nel diritto germanico, ma in modo diverso dal romano. In quello non erano astrazioni, ma personificate nel santo a cui la chiesa era consacrata; e il santo riguardavasene quale proprietario, a lui donavasi, lui danneggiavasi, lui citavasi. La personalità giuridica della chiesa prendeva corpo nella persona del santo, come se questi fosse una persona fisica e non un'astrazione, la quale opera sui vivi premiandoli per le buone opere, punendoli per le cattive. Le sue reliquie portavansi davanti ai tribunali, quando discutevansi cause relative al patrimonio della chiesa; egli solo aveva il mundio e la proprietà della chiesa; gli altri, il patrono, l'edificatore o l'avvocato di essa, avevano diritti separati da quelli del santo, e non erano i suoi rappresentanti legali (1). Anche le altre fondazioni a scopi pii, quelle per celebrazioni di messe, elemosine, ecc., erano dominate dallo stesso concetto, non erano per sè persone giuridiche, ma proprietà del santo a cui erano consacrate o da cui prendevano nome. Il diritto canonico diede invece a queste fondazioni il carattere di persone giuridiche, e i giureconsulti, dove trovarono preti e monaci uniti ad esse o alle chiese, fecero di essi veri *collegia*, corporazioni dotate di diritti e soggette ad obblighi, con piena individualità giuridica; anzi legarono l'esistenza della chiesa alla costituzione di un corpo ecclesiastico, di un collegio. Gli stabilimenti religiosi divennero associazioni, che per esistere abbisognavano dell'approvazione regia, come voleva il diritto romano, giacchè i giuristi fecero risorgere l'idea romana che lo Stato solo ha il diritto di creare e di annientare un corpo morale, pretesa che aveva fino allora esercitata la chiesa per le fondazioni pie, e ciò per mezzo dell'autorizzazione ed approvazione pontificia.

(*) **Bibliografia.** — Gierke, II, 526 e segg.; Loening, *Gesch. d. deut. Kirchenrechts*, I, 195 e segg., II, 632 e segg.; Uhrig, *Das Kirchengut*, 1867; Poschinger, *Eigenth. am Kirchenvermögen*, 1871; Meurer, *Begriff u. Eigent. d. heil. Sachen*, 2 v., 1885; Ficker, *Eigent. d. Reiches am Reichskirchengute*, *Wien. Ak.*, LXXII; Tomasino, *I diritti del potere civile sulle associazioni religiose e loro beni*, 1866.

---

(1) Così Heusler, I, 315. Invece Ficker sostiene che ogni chiesa dovesse avere un patrono, un proprietario, la chiesa non essendo nel diritto germanico una persona giuridica. Anche Loening, II, 633, pensa che il rapporto del santo al patrimonio fosse ideale non giuridico.

IV (Corporazioni). Lo spirito di associazione fu fortissimo nel medio evo: si infiltrò in tutto, e appena le sfuggì la famiglia, ma anche per poco, perchè costituitesi le caste nobili, queste crearono delle vere famiglie corporative che comprendevano le generazioni passate, presenti e future ed erano astrazioni o rappresentazioni del pensiero (Gierke). Le ghilde, le fratellanze, le confratrie, le corporazioni, ebbero presso i Germani personalità giuridica, cosicchè facilmente dai giuristi del medio evo, furono assimilate a *collegia* e a quelle applicati i principî romani di questi, fra cui la supremazia assoluta dello Stato su tutte le associazioni, di qualunque scopo, e la necessità dell'assenso suo per sussistere. Queste corporazioni così non erano persone morali se non autorizzate dallo Stato, coll'assenso regio. Quest'assenso era una regalia inalienabile, che non potevasi presumere nè prescriversi. Così i concetti romani andarono dominando questa materia, e da essi venne la massima che la personificazione giuridica deve partire dallo Stato, che esso la cede o la toglie, e sopprime i diritti derivanti dal fatto della corporazione. Il potere regio era investito di una sovranità assoluta sulla associazione: esso crea, autorizza e uccide.

In tutto il medio evo e specialmente al tempo dei Comuni, si estendeva anche ai delitti la capacità di agire artificialmente concessa alle persone giuridiche, cioè si considerava come delitto della persona giuridica, un delitto commesso dal suo rappresentante in questa sua qualità. Le corporazioni si ritenevano come le persone naturali, capaci di delinquere e potevano quindi anche essere punite.

SEZIONE SECONDA — Diritto famigliare.

CAPO XI.

LA FAMIGLIA (*).

168. Il carattere fondamentale della famiglia germanica non fu modificato nel corso delle emigrazioni, e sebbene gli antichi costumi famigliari non si trovassero più in armonia col nuovo ambiente sociale e politico che si era formato, tuttavia alcuni degli elementi che sono proprii della famiglia primitiva, resistettero alla

(*) **Bibliografia.** — Vedi op. cit., § 22; Schupfer, *La famiglia presso i Longobardi, Arch. giur.*, I, 1868; Koenigswarter, *Histoire de l'organisation de la famille en France*, 1851; Stobbe, V, § 286, 287; Pertile, § 107; Brunner, § 28; Heusler, II, 272 e segg., 480 e segg.; Villari, *La famiglia e lo stato nella storia italiana, Politecnico*, Milano, 1868; Niutta, *Saggio sulla storia del diritto di famiglia*, 1871.

influenza romana e perdurarono in Italia per parecchi secoli, anche sotto i Comuni; come il concetto che faceva della famiglia una società per la pace e la protezione di tutti, e il sentimento della mutua responsabilità fra i suoi componenti; concetto e sentimento che si esplicavano nell'obbligo per ognuno di portare la faida, contribuire al pagamento del guidrigildo, espiare le colpe di un confamigliare, assistere il parente in giudizio, avvalorandone in qualità di sacramentali o congiuratori il giuramento, esercitare la tutela dei minori e delle donne, vegliare alla purezza del sangue originario e custodire l'onore domestico. Questa famiglia non era una corporazione (opinione di Gierke), nè un ente astratto; ma una realtà, una somma di interessi che tutti solidariamente difendevano. Tutti quelli che appartenevano alla famiglia, avevano diritto a questa difesa e protezione; ma in contraccambio erano tenuti a gravi doveri; erano protetti nell'interesse della famiglia, ma nel nome di questa dovevano essere pronti a sorreggere colla forza chi era attaccato, a ripetere vendetta e soddisfazione, se alcuno era ucciso (v. § 22). Era una solidarietà rigida e inflessibile, nel bene e nel male, attiva e passiva, che non si estingueva nemmeno colla morte di chi aveva provocato la guerra (1), per la quale le città italiane, fino oltre al sec. XIV, furono teatro di orribili drammi fra famiglie, che si combattevano per offese ricevute e perfino per debiti.

La famiglia rappresentava anche un'unità economica, e così durò anche quando non esisteva realmente più il patrimonio famigliare a cui essa legavasi, distrutto dalla proprietà individuale. Anche allora come vaga tradizione, mantenevasi l'idea di un diritto che tutti i membri avevano sul patrimonio famigliare, e questo diritto manifestavasi nell'intervento dei parenti e degli eredi presunti alle vendite e alle donazioni (§ 215, 216) e nel concetto che il sottrarre le sostanze ai figli e ai parenti per farne dono a estranei, fosse grandissima offesa ai vincoli di sangue (§ 237, 238, 239).

Ma la maggiore mutabilità della vita e dei domicili, l'azione del diritto romano, l'individualizzarsi della proprietà fondiaria, il risorgere delle industrie e dei commerci spezzarono questo rigido e complicato organismo di famiglia in tante piccole e più mobili unità. E se al tempo antico uscire dalla famiglia era atto grave e solenne, da compiersi pubblicamente e che isolava l'individuo e gli toglieva ogni protezione, ogni diritto all'eredità e al guidrigildo, in seguito e ben presto ogni formalità cadde. Lo Stato che

---

(1) Salvioli, *La responsabilità della famiglia e dell'erede nel delitto del defunto*, *Rivista ital. delle scienze giuridiche;* Wilda, *Strafrecht*, 372-398; Amira, *Erbenfolg, u. Verwandschaftsgliederung*, 1872, p. 22-36, 84-89, 154-163; Brunner, *Sippe u. Wergeld*, *Zeit. f. R. G.*, XVI.

si affermò potente nei nuovi regni germanici si attribuì molte di quelle funzioni che ai tempi di Tacito spettavano alla famiglia e che le davano originalità; e in Italia specialmente, fin sotto i Longobardi, si verificò una grande ingerenza dei poteri pubblici nell'interno della famiglia, a proposito dei negozi dei minori, delle donne, delle vedove e degli orfani. Il mundio del re si sostituì in certi casi a quello dei parenti, e così mutossi il carattere della famiglia, subordinata allo Stato, e con tendenze a una crescente disintegrazione. È una verità generale che nelle società antiche l'unità era la famiglia (unità economica, militare, ecc.), nelle moderne è l'individuo (Summer Mayne, Spencer). I nuovi tempi hanno sciolti i grandi aggregati famigliari, e quindi la responsabilità di famiglia è stata sostituita dalla responsabilità individuale, la società ha assunto molte funzioni famigliari, il mantenimento dei genitori abbandonati dai figli, l'educazione e l'assistenza della prole, ecc. Qualche forma di aggregazione è rimasta allo stato sporadico nell'ordinamento delle famiglie nobili e rustiche: ma nemmeno di questo ora da noi e nei paesi latini rimane traccia.

Questo per la sua importanza sociale. In quanto all'ordinamento interno la famiglia, sebbene disaggregata e ridotta al cerchio più ristretto derivante dal matrimonio, si è venuta perfezionando. L'azione della Chiesa non vi è stata estranea: essa ha contribuito a rendere raro o a sopprimere il ratto, l'incesto, l'adulterio, il concubinato, il divorzio, il ripudio, a riordinare la famiglia su basi fisse. Coi movimenti intellettuali e politici di questo secolo la famiglia è stata rinnovata nel principio di eguaglianza e libertà: ed a questi ispirossi il nostro Codice civile introducendo una certa indipendenza nella famiglia, moderando la patria podestà, dando alla donna una parte di influenza sugli affari domestici, livellando tutti i figli, e sopprimendo tutte le combinazioni dinastiche (maggioraschi e fedecommessi) derivanti dal sistema dell'agnazione.

169 (*). Sia per valutare le responsabilità famigliari, sia pel diritto matrimoniale e successorio, era di grande importanza il conoscere quali persone appartenessero alla famiglia o facessero parte della parentela (1). Nel cerchio famigliare i Germani distin-

(*) **Bibliografia.** — Siegel, *Die german. Verwandtschaftsberechnung*, 1853; Wasserschleben, 1864; Rosin, *Der Begriff der Schwertmagen in der Rechtsbüchern*, 1877; Laspeyres, *Dissert. canon. computationis et nuptiarum propter sanguinis propinquitatem ab eccl. prohibit.*, 1824; Freisen, *Gesch. d. canon. Eherechts*, 1888, 411-423.

(1) Sul significato di parentela nelle leggi germaniche, vedi Siegel, p. 7 e segg.; Amira, p. 8, 20, 67 e segg.

guevano tre gruppi: il 1° del padre coi figli; il 2° degli ascendenti coi loro figli e nipoti e collaterali; il 3° degli abavi. La parentela fra ascendenti e discendenti si computava come nel diritto romano. In modo diverso invece computavasi la parentela fra collaterali. Mentre i Romani contavano il numero delle generazioni che stavano fra le persone di cui volevasi computare il grado di parentela, i Germani contavano secondo le generazioni, cioè secondo i discendenti da un padre comune, i quali vanno a costituire altrettanti piccoli centri che figurano verso il padre comune come tante discendenze chiuse entro sè. Il grado di parentela di due persone fra loro, come in rapporto a una terza persona, era determinato dalla distanza in cui quelle e questa trovavansi dal loro ascendente comune. Per ognuno dei collaterali si stabiliva di quante generazioni ciascuno di essi fosse lontano dal prossimo stipite comune (1): non si cercava il rapporto in cui i collaterali si trovassero fra loro; ma si fissava per ognuno la posizione verso l'ascendente comune più prossimo.

La differenza essenziale fra il còmputo romano e il germanico sta quindi in ciò: che nel romano la distanza di due persone fra loro è determinata in modo che dall'una al comune ascendente più prossimo e da questo sino all'altra, ogni generazione è computata, mentre nel germanico contansi solo le generazioni che conducono dal padre comune a una delle persone. Se la distanza fra le linee è disuguale, allora le generazioni sono misurate sulla linea più lunga. Dal che risulta che i cugini e figli di cugini che nel diritto romano sono parenti in quarto e sesto grado, nel germanico sono in secondo e terzo rispettivamente. Il settimo e ottavo grado romano corrispondono al quarto germanico. Le leggi popolari però avevano esse pure un limite al còmputo, oltre il quale la parentela nessun effetto produce almeno per quanto riguarda il diritto successorio. Presso i Ripuari e Turingi era il V; presso i Salii il VI; presso i Bavari, Visigoti e Longobardi il VII (2), differenze le quali forse originano dal punto diverso da cui cominciavasi il còmputo (Brunner).

Questo modo di computazione fu accolto dal diritto canonico a preferenza della romana e assunse anzi il nome di *computatio canonica* in

(1) Nel diritto longobardo (*Form. ad Rot.*, 153) non si contava il numero delle generazioni, ma quello delle persone di cui trattavasi, computato lo stipite comune.

(2) Loening, II, 255; Stobbe, V, § 282. Invece Bluhme (*Omnes parentilla. Abhandl. für Homeyer*, 1871, p. 11) e Miller (*Zeits. f. R. G.*, XIII, 90) pensano che l'espressione di Rot, 153, « *usque ad septimum geniculum* » si riferisca al VI grado, essendosi computato già lo stipite comune. Cfr. § 248 n.

antitesi alla romana. Al sec. x (Laspeyres) nella Chiesa non solo si era adottato il modo germanico di computare i gradi, ma ancora si era accolto il VII grado come l'estremo limite del cómputo nel cerchio della parentela (1). Il risultato però era sempre lo stesso. Invece di riunire le due distanze esistenti, 1° fra un collaterale e l'autore comune, poi 2° fra questo e l'altro collaterale, non si indicava che la distanza dell'autore dai collaterali suoi discendenti: così invece di dire che due fratelli sono al II grado, il zio e nipote al III, i cugini al IV, si diceva che i fratelli sono al I, il zio al I e il nipote al II, i cugini al II. Ma la differenza era solo nel modo di esprimersi, perchè dire che i fratelli stanno tutti due a un grado dall'autore comune, equivale a dire che essi stanno a due gradi fra loro, dire che zio e nipote sono l'uno a un grado, l'altro a due dall'autore comune è dire che essi stanno fra loro a tre gradi, ecc.

Nell'antico diritto italiano l'ordine delle successioni calcolavasi col cómputo romano. Ma fino nella scuola di Ravenna (sec. xi) si era accolta la computazione canonica, col canonico regolavansi, in materia matrimoniale, gli impedimenti derivanti dalla parentela. Il Codice francese sancì il modo di computazione romana che fu accolta da tutti i Codici italiani (Due Sicilie 656, Parm. 824, Est. 897, Albert. 917) e dal vigente (art. 49) anche in materia di nozze dopo che queste furono sottratte alla giurisdizione della Chiesa. Infine il nostro Codice (art. 48) ha stabilito che il vincolo di parentela produce effetto fino al X grado, mentre per diritto romano la successione dei discendenti aveva luogo all'infinito e nell'antico diritto italiano si andava fino alla XII generazione. Il limite del X grado (stabilito anche da una legge toscana del 1814) segna un punto nel quale la parentela quasi più non esiste ed è una piccola soddisfazione ai diritti sociali.

CAPO XII.

IL MATRIMONIO (*).

170. Il medio evo riflette ancora gran parte dei costumi degli antichi Germani intorno ai modi con cui formavasi il matrimonio

(*) **Bibliografia.** — Goeschl, *Versuch e. hist. Darstel. d. Kirchl. Ehegesetze*, 1832; Friedberg, *Das Recht d. Eheschliessung in seiner geschichtl. Entwick.*, 1865; Moy, *Eherecht der Christen*, 1833; Sohm, *Recht d. Eheschliessung aus d. deutsch. u. canon. R.*, 1875; Scheurl, *Entwickel. d. kirchl. Eheschliessungsrecht*, 1877, e nella *Zeits. f. Kirchenrecht*, XV, 65-92; Scherer, *Eherecht bei Benedict. Levita*, 1879; Freisen, *Gesch. d. canon. Eherechts bis z. Verfall d. Glossenliteratur*, 1888; Koenigswarter, o. c.; Beauchet, *Formation et dissolut. du mariage dans le droit island. du m. a.*, *Nouv. Rev. hist.*, XI, 1883; Schupfer, *La famiglia*, ecc.; Kohler, *Die Ehe mit u. ohne mundium*, *Z. f. vergl. R. W.*, VI, 321; Pertile, § 108 e segg.; Vanderkindere, *Cond. de la femme et mariage à l'époq. mérov.*, *Bull. d'Acad. de Belgique*, s. III. t. XV, p. 851 segg.

(1) Richter-Dove-Kahl, *Kirchenrecht*, § 275; Freisen, p. 423-439.

(v. § 23). Le invasioni, la vita campestre, il miglioramento economico, la civiltà romana non alterarono gran cosa delle forme esterne con cui iniziavano la famiglia le primitive popolazioni germaniche: solo l'evoluzione naturale purificò la materialità di molti atti; e ne sorse un diritto che durò lungo tempo, finchè la Chiesa ottenne un'esclusiva ingerenza nel matrimonio e ne mutò l'essenza e le forme. Ma poi la Riforma e lo Stato moderno si fecero a spogliarlo di ogni elemento religioso e lo considerarono quale un contratto, come avevan fatto i Germani. Nessuno istituto ha subìto tante variazioni nella sua costruzione giuridica, nelle sue formalità quanto il matrimonio, dal tempo delle invasioni ai giorni nostri. Tutto è prodotto dalla storia sia nel diritto ecclesiastico matrimoniale, sia nel laico: e ogni fase di questo sviluppo non è ancora sufficientemente rischiarata.

171. Le leggi barbariche conservano traccie dei tempi quando la donna si conquistava per ratto o si acquistava per denaro: anzi non conoscono altri matrimoni che quelli che da questi due modi derivano, soltanto che il primo è divenuto in esse un fatto raro, sporadico che persiste non tanto per l'atto violento che distingue il rapimento di una fanciulla quanto per gli effetti proprii alle unioni che seguivano il ratto. In queste l'uomo non aveva il mundio sulla donna (che si otteneva comprandolo solo dai genitori); la rapita non era staccata giuridicamente dalla sua famiglia e restava, coi figli suoi, sotto il mundio dei genitori o degli agnati. Solo se il rapitore veniva a composizione colla famiglia (1), acquistava il mundio e perfezionava il suo matrimonio. Però anche sifatte unioni senza mundio erano giuste e valide nei rapporti verso i coniugi e gli estranei (Scaduto), soltanto non erano sicure e stabili perchè il genitore aveva sempre il diritto di riprendersi la figlia e di annullare ogni rapporto matrimoniale, non avendo alcun valore nel diritto germanico la volontà della donna a seguire un uomo e con lui vivere, ma esclusivamente essendo capitale il consenso paterno (2). — Come poi il miglioramento dei costumi e l'azione della Chiesa e dello Stato resero anormale il ratto — che restò però nelle formalità matrimoniali, in certi luoghi, fino ai giorni nostri, come una semplice simbolica rappresentazione (3) — alle unioni derivanti da ratto, sopravvisse l'idea degli effetti giuridici

(1) Carta composicionis, ed. Zeumer, *Form.* 277; Dargun, *Mutterrecht und Raubehe*, 1883, p. 112, seguenti.

(2) Dargun; Heusler, II, 277; Schroeder, 66; Colberg, *Ueber d. Ehehinderniss d. Entfuhrung*, 1869, p. 25; Kohler, *Zeits. f. verg. R. W.*, 1886, VI, 321.

(3) De Gubernatis, *Storia comparata degli usi nuziali in Italia e presso gli altri popoli indo-europei*, 1878.

che erano ad esso inerenti, cioè l'idea della possibile esistenza di un matrimonio imperfetto, senza mundio del marito (Roth, 165), con effetti semipieni come il matrimonio *sine manu* dei Romani, il quale poteva anche originare col consenso del padre della sposa, ma che mancando delle solennità (compra, promessa, tradizione), con cui si stipulavano i veri matrimonii della legge, pur essendo valido, era inferiore a questi; matrimonio nel quale i figli (*liberi naturales*), avevano un diritto ereditario. La moglie poteva essere in ogni tempo dotata e allora l'unione diveniva perfetta (1).

Si ebbe così nell'antico diritto germanico un doppio matrimonio, quello imperfetto senza mundio, e quello col mundio.

172 (La compera). Il matrimonio col mundio era quello concluso per mezzo di una compra-vendita, era il connubio venale. Anticamente la donna si vendeva come una cosa: la vendita non fu una forma secondaria, successa al ratto (così Dargun, Kohler), ma dovè coesistere ad esso. Poi, con un processo di evoluzione che trovasi anche presso altri popoli, sviluppandosi l'idea morale del matrimonio, mutò anche la natura giuridica della vendita, in quanto non si acquistò più la donna come *cosa*, ma come *soggetto di diritti;* il *rapporto* giuridico con essa si modificò, da diritto patrimoniale, divenne potere famigliare e morale (*mundium*, *potestas*), che dava diritti, ma anche doveri, sopratutto quello di tenerla come moglie. In quest'ultima fase di evoluzione del matrimonio-vendita, si volle anche il consenso della donna: e allora il contratto venale divenne simbolico e ad esso si sostituì un contratto di promessa di consegnare la donna come moglie, alla qual promessa poi seguiva la solenne consegna di lei al marito.

Il prezzo della vendita (*pretium*, *dos*, *witthum*) della donna era stipulato come quello delle vendite comuni, cioè secondo le parti si accordavano; anche sul *pretium puellae* dovevasi discutere (2), e soltanto in mancanza di convenzione seguivasi il prezzo stabilito dalla legge, cioè il guidrigildo secondo la condizione e il valore giuridico della personalità (*secundum genealogiam suam*). In seguito non fu più sborsato come prezzo di oggetto e di compera della moglie, perchè questa non fu più riguardata come una cosa, ma rappresentò il prezzo del mundio, che il padre cedeva al marito (3); in ultimo si spogliò di ogni carattere ve-

(1) Freisen, 106-116; Heusler, II, 279; Kohler, *cit.;* Dargun, 27; Rive, *Vormundschaft*, I, 259; Schupfer, I, 117; Scaduto, *Il consenso*, 83, seguenti.

(2) Così Schroeder, *Gesch. d. ehelich. Guterrechts*, 1863, I, 11, seguenti, 18. Invece Sohm, *Eheschl.* 23, *Trauung und Verlobung*, 1876, e *Zeit. f. R. G.*, V, 419, vuole che sempre sia stabilito per legge.

(3) Per Sohm, compra del mundio o della donna è lo stesso. Ma Kraut, Gaupp e Habicht distinguono quello e questa. Vi è però chi (Rive, I, 104), nega che il mundio si potesse vendere.

nale reale, che si trasformò in un pagamento simbolico, cioè nell'arra ossia promessa che il mundualdo riceveva dallo sposo, e il prezzo fu pagato alla donna stessa come provvedimento nel caso di vedovanza. Tale evoluzione scorgesi anche nelle leggi longobarde: vedesi il prezzo perdere il carattere suo reale, per assumerne uno simbolico, la compra simulata vi è detta *mundium suscipere, dare;* e il pagamento difatti assoggettava le donne al mundio del marito; e in prova di tal soggezione erano loro rase le chiome (onde la denominazione di *in capillo* o *capillatae* per le nubili).

È naturale che in sifatto negozio di vendita, da principio non si richiedesse il consenso della sposa, e che il padre disponesse della figlia a suo talento. In principio era essenziale per la validità del matrimonio il consenso dei genitori (1). Un diritto alle fanciulle di farsi spose da sè, non conoscevano le leggi germaniche (2); soltanto nel corso di questa evoluzione che subì il matrimonio come compra e coll'elevarsi del concetto della donna, apparve qualche segno, ma ancora intermittente e per certi casi ristrettissimi, della facoltà che aveva la donna di esprimere la sua volontà nell'atto di sposarsi (Liutpr. 120) anche per opporsi.

173 (La promessa; Sponsali (*)). Anticamente nel connubio venale, la manifestazione del consenso, la vendita e la consegna del prezzo e della sposa, erano tutta una cosa e avvenivano nello stesso tempo Il raffinamento della moralità e dei costumi fecero distinguere la dichiarazione del consenso dalla sua attuazione, ossia dalla conclusione del matrimonio per un intervallo, liberarono la promessa (*desponsatio*) dalla forma di vera vendita, e separarono quella della consegna della donna. Si ebbero così a fondamento del matrimonio due momenti, quello degli sponsali e quello della consegna (*traditio*), tutti due necessarii perchè si avesse il matrimonio col mundio; il che non si otteneva colla semplice promessa, d'altronde produttiva di conseguenze giuridiche maggiori che nel diritto romano, nè colla pura consegna.

Sebbene il diritto romano sia partito dalle stesse idee fonda-

---

(*) **Bibliografia.** — Dieckhoff, *Die kirchliche Trauung*, 1868; Friedberg, *Verlobung und Trauung*, 1876; Sohm, *Recht d. Eheschl.*, 22-58, 75-196; *Trauung und Verlobung*, 1876; Habicht, *Die altdeut. Verlobung*, 1879; Lehmann, *Verlobung und Hochzeit nach den nortgerm. Rechten*, 1882; Sehling, *Unterscheidung d. Verlobnisse im kan. R.*, 1887; Scheurl, *o. c.;* Loening, II, 569-606; Freisen, 103-120; Ciccaglione, *Gli sponsali e la promessa di matrim. nella storia e nel d. it.*, 1888, nell'*Enciclop. giur. italiana.*

---

(1) Scaduto, *Il consenso.* — Sono d'altro avviso Walter, § 484; Kraut, *Vormundschaft*, I, 337; Rive, I, 240.

(2) Weinhold (*Deuts. Frauen in M. A.*, 120) vuole trovarlo presso i Long. (*Liut.*, 12), per le fanciulle che non erano sotto il mundio del padre o del fratello; ma è erroneo, come risulta da Roth, 188.

mentali dei popoli germanici, tuttavia non diede agli sponsali quella importanza che vi unirono questi popoli. Nel rom. la promessa non portava obbligo, nè dava un'azione, nè richiedevasi precedesse il matrimonio, il quale esisteva solo per la manifestazione del libero consenso (1). Nel diritto germanico invece la promessa, quantunque non fosse il matrimonio, come vorrebbero alcuni (Sohm), o il solo fatto giuridico a cui collegare l'origine del matrimonio, era un precedente necessario per la sua legittimità, un indispensabile elemento per la sua conclusione: era il fondamento giuridico da cui doveva seguire la sua validità; era ciò che fondava un rapporto di fedeltà fra le parti, cioè l'obbligo giuridico di prendere la sposa e per questa di seguire lo sposo; come d'altra parte la conclusione del matrimonio non era un negozio giuridico a sè stante, ma solo il necessario compimento di un altro negozio, quello di promessa; e il perfezionamento di questo contratto faceva sì che il matrimonio esistesse giuridicamente (Loening, Scheurl).

Fu il Sohm il primo a richiamare l'attenzione sull'importanza della promessa (*Verlobung*) nel diritto germanico. Secondo la sua teoria, gli sponsali costituiscono il momento più importante del matrimonio, la formalità essenziale, anzi sono un matrimonio perfetto. La promessa fonda il matrimonio come rapporto giuridico: esso nasce in virtù del contratto di promessa, e basta questa per renderlo compiuto. Gli sposi sono già coniugi anche prima della *traditio*. Sugli sponsali, secondo lui, aggirasi tutto il diritto matrimoniale germ., cosicchè delle formalità ad essi relative soltanto parlano le leggi che invece tacciono su quelle che accompagnano le nozze propriamente dette. Gli sponsali sostituirono la primitiva compra-vendita, a cui giuridicamente equivalgono, e come la donna era ceduta al momento in cui era pagato il prezzo di lei, così intendevasi sposata al momento che nel contratto degli sponsali il marito comprava dal padre il mundio su lei e si obbligava di prender la moglie e come tale tenerla. Gli sponsali sarebbero un contratto di vendita, per la cui validità era necessario il pagamento del prezzo, perchè, secondo il diritto germanico, non basta il mutuo consenso, ma solo la prestazione fatta da uno forma la base giuridica per l'obbligazione dell'altro. Quindi il pagamento dava alla promessa forza obbligatoria. Come poi divenne simbolico, ebbesi allora un contratto, in cui una parte obbligavasi a una futura prestazione. Il contratto era perfezionato pel pagamento effettivo del prezzo o, come fu poi, dal vedovile e per la cessione della moglie. Così eguagliato il matrimonio a un contratto, Sohm conchiude che esso era regolato dai Germani, secondo le norme del diritto delle cose in cui la proprietà data dal momento in cui origina il fatto giuridico che la produce, quantunque i pieni effetti si manifestino colla cessione del possesso (investitura). La promessa insomma otteneva i suoi effetti positivi colla consegna della donna.

---

(1) Rossbach, *Untersuch. über roem. Ehe*, 1813, p. 198.

La sua dottrina fu oppugnata dal Friedberg, dal Loening, dal Scheurl, non accettata interamente dallo Stobbe, Kohler, *Zeit. f. vergl. R. W.*, III, dal Val de Lievre, dal Brunner, *Jaener Liter. Zeitung*, 1876, dal Meyer, dall'Habicht. Secondo questi e specialmente Loening e Scheurl, il matrimonio si conchiude per due atti, promessa e consegna: la sua essenza sta nell'essere compimento di una promessa già fermata. Questa consiste in un contratto fra lo sposo e il mundualdo della fanciulla, in forza del quale questi obbligasi cedere a quello la donna e il mundio su lei, e lo sposo di pagare un prezzo, prendersi la donna e tenerla qual moglie. Il matrimonio perfezionavasi solo colla consegna della donna, dal qual momento cominciavano gli effetti giuridici derivanti dal mundio maritale. Quindi la promessa, pur fondando rapporti di fedeltà e molti obblighi, non produceva che conseguenze negative e non fondava da sola il matrimonio. Inoltre Brunner ha dimostrato che la promessa non è un contratto patrimoniale, chè il mundio nelle leggi germaniche non era proprietà, nè la donna una cosa; e che quindi non si può al matrimonio applicarsi il diritto delle cose. Più recentemente Freisen respinge tutte queste teorie, affermando che il diritto germanico, non ha alcuna disposizione sulla formazione del matrimonio e sul momento in cui questo è perfetto; che lo riguardava come un fatto, un rapporto naturale non giuridico, nè soggetto ad alcuna formalità, che altro è matrimonio, altro è acquisto di mundio in seguito a matrimonio; che però questo acquisto doveva farsi per promessa e consegna solenne della donna; infine che anche senza questo acquisto il matrimonio esisteva. La sua dottrina rientra nel fondo, in quella di Loening.

La promessa era un atto reale, solenne: e tale trovasi ancora al sec. IX: in seguito divenne un contratto formale, ossia manifestazione di volontà legata a formalità. Nella sua prima fase lo sposo pagava al mundualdo il prezzo del mundio: e il mundualdo consegnava la donna o dava la festuca o un segno che l'avrebbe consegnata a un giorno determinato. Era presente tutto il parentado. In seguito il pagamento divenne simbolico e il contratto formale. Il mundualdo, nelle forme italiche del X e XI sec., prometteva, colla festuca (*wadia*) che consegnava allo sposo, di dargli la figlia in isposa, gli cedeva una spada o un guanto, simboli del mundio o di protezione, e il marito prometteva nello stesso modo che l'avrebbe ricevuta e invece del pagamento reale ne dava uno simbolico, l'*arra* o l'*annulus arrae* alla sposa, il che voleva significare promessa di pagamento effettivo, al momento della consegna, che poi destinavasi a vedovile, e che facevasi non più al mundualdo ma alla sposa stessa. Il contratto di sponsali era quindi circondato di atti reali (arra, anello) oppure si garentiva con atti formali (festuca, giuramento, *porrectio manus*, e presso i Romani o nell'Italia meridionale il bacio o la scrittura o *fabula firmata*) (1).

(1) Sugli sponsali longob. v. *Lib. pap. Roth.*, 182; Cart. long. 16, in

Presso i Longobardi gli sposi bevevano nello stesso nappo (Schupfer), quasi a indicare la futura comunione di vita.

Dalla promessa nasceva un rapporto di fedeltà fra la sposa e lo sposo, fra chi aveva venduto e comprato il mundio. I mancamenti della sposa erano eguagliati all'adulterio: le stesse pene per l'infedeltà della sposa come per l'adulterio della moglie: però quest'eguaglianza delle pene non era (come vuole Sohm) la conseguenza dell'eguaglianza fra sponsali e matrimonio, ma dipendeva dal fatto che il principio dell'atto giuridico che li fondava, era comune ad entrambi (Habicht). La sposa appartiene già allo sposo, come questi a quella. Essendo gli sponsali introduzione al matrimonio, producevano obblighi pei contraenti; e tutte le offese a questi obblighi importavano pene. In virtù degli sponsali, lo sposo si poteva prendere la donna, se si rifiutavano a dargliela: la fanciulla non poteva fidanzarsi o sposarsi con altri: e se lo faceva, perdeva i diritti alla donazione e il nuovo sposo doveva restituire il doppio del prezzo al fidanzato tradito, oltre ammende ai parenti della sposa e il pagamento del suo guidrigildo, per riscattarsi dalla faida in cui era incorso. Se invece era lo sposo che ripudiava capricciosamente la donna, egli perdeva le donazioni fatte e il pagamento e secondo alcune leggi (di Norvegia) era posto fuori della pace. Lo sposo poteva vendicare la sposa e prender parte alla composizione. L'unione degli sposi prima della consegna era lecita e i figli erano legittimi.

Gli sponsali si scioglievano per le stesse cause che il matrimonio (Sohm). Come questo anche dopo la consegna della donna non era indissolubile, così anche gli sponsali si rompevano per morte, lebbra e cecità, per ripudio necessario in caso di parentela, infermità, adulterio della fidanzata, per comune consenso, per ritardo di due anni a sposare la donna, per faida scoppiata fra le due famiglie. In questi casi non vi era luogo a indennizzo da una parte nè dall'altra.

174 (Consegna della sposa (*)). Il fatto con cui il matri-

(*) **Bibliografia.** — Oltre le op. cit. nel § 170 e 173, v. specialmente Sohm, *Eheschl.*, 59-74; Edelstand du Méril, *Des formes du mariage et des usages populaires*, 1861; *Des formes*, ecc. *en France*, 1877.

Pertz, IV, 599; Valde Lievre, *Launegild u. wadia*, 1877, 18 seg., 130, 269; Thaner, *Venetian. Fürsprecher. Ein Beitrag z. Gesch. d. Eherechts*, *Zeits. f. K. R.*, XVI, 209-230; Schupfer, I, 116 e seg. Sulle arre ed annulus v. Sohm, *Eheschl.*, 103 seg., 162, Friedberg, 26 e Hofmann, *Ueber d. Verlobungs-u. d. Trauring Wien. Ak.*, LXV, 1870, p. 834 e segg.; Grimm, 177, 432; Stobbe, *Zeits. f. R. G.*, XIII, 228. L'*annulus pretii* è ricordato nei *Fragm. juris Siculi*, ed. Merkel, 1856, p. 20. Sul bacio v. Tamassia, *Osculum interveniens. Riv. stor. ital.*, II, 1885.

monio prendeva il suo inizio giuridico era la consegna del mundio della donna comprata allo sposo (*traditio*). La consegna è la cessione che avviene sulla base della promessa: è l'attuazione di questa: è la conclusione effettiva del matrimonio. Il compimento della *desponsatio* è da un lato la *traditio puellæ*, dall'altro il completo pagamento del prezzo se solo una parte o un simbolo fu dato. I due atti potevano compiersi contemporaneamente, ma nella pratica correva un intervallo fra l'uno e l'altro. La consegna era fatta solennemente, davanti ai parenti e testimonii (1): si tenevano le formalità usate dai Germani per la *traditio* delle persone (2). O si cedeva il mundio sotto forma di mantello (*crosna*) o di una spada o con altre formalità delle quali si perdette presto il senso, così che al sec. XI era necessario un *orator* che le suggerisse alle parti per aiutare la loro memoria. In diritto longobardo la *traditio puellæ* era il giorno solenne o *dei voti* (Liut. 3, 103, Troya, V, 842). La sposa riceveva dallo sposo i suoi assegni; e il mundualdo a questo la consegnava a mano perchè « sine traditione nullam rerum dicimus subsistere traditionem » (Roth, 183). Contemporaneamente restituivasi il mantello o quell'altro simbolo che lo sposo aveva dato il dì degli sponsali e facevasi la tradizione del mundio con tutte le sostanze della sposa. In quel giorno gli amici presentavano i doni (*exenia nuptialia*), eseguivansi balli (*charivaria*), mascherate rappresentanti ratti. In mezzo a grida e con gran festa la sposa era condotta alla casa dello sposo: dalla porta trovava pendente una spada. La moglie vi passava sotto e da quel momento era sotto l'autorità maritale. I parenti portavano la coppia nella stanza nuziale, collocavano gli sposi nel letto e su essi chiudevano le coltri. Intanto fuori altri riti e cerimonie curiose si facevano, suffumigi, danze, canti. Nel matrimonio dei fanciulli si metteva la piccola coppia a letto con una spada fra loro (Schupfer).

E con questa cerimonia della consegna della sposa il matrimonio col mundio era fondato con tutti i pieni effetti giuridici. La *copula* non aveva alcuna importanza; giammai nelle fonti è indicata come fattore di matrimonio, nello stesso modo che l'impotenza non l'annullava (3). Il vero è che il matrimonio germa-

---

pag. 25. Esempi di contratti nuziali: an. 882, *Cod. cav.*, I, n. 92; *Arch. giurid.*, IX, 86; Ficher, IV, n. 458, 505.

(1) Per la *Lex rom. utin.*, III, tit. I, § 3. La *traditio* si faceva « inter parentes aut judices vel bonos vicinos ». È inesatto che si facesse sempre al mallo come vogliono Grimm, 433, Eichhorn, I, § 54 e Friedberg, 21. Si fa eccezione per la vedova.

(2) Sohm, *Frank. G. V.*, 545, mostra la connessione delle forme di tradizione con quelle di manumissione.

(3) È un'eccezione la *lex Saxon.*, VIII, che richiede pel compimento del matrimonio la nascita di un figlio. Su ciò v. Sehling (cit. § 173), p. 31.

nico era perfetto colla *traditio*, come nel diritto romano si acquistava la *manus* colle forme di trasmissione proprie della *cœmptio*.

175. Questo era il matrimonio, queste le formalità che i Germani introdussero in Italia, dove ebbero esse corso puramente fino a tutto il sec. IX e con qualche leggiera immistione di elementi religiosi, non necessari per l'esistenza e validità del matrimonio, fino al Concilio di Trento. In tutto il medio evo i matrimonii erano in Italia celebrati senza alcuna consecrazione o cerimonia ecclesiastica: erano puramente laici e riguardati come contratti che si iniziavano cogli sponsali e finivano colla consegna. Nessun intervento della Chiesa necessario, indispensabile. La Chiesa per antica consuetudine benediva la coppia il giorno della *traditio;* ma questa benedizione non era obbligatoria nè per le leggi civili nè per le ecclesiastiche. I riti ecclesiastici (*missa pro sponsis*, ecc.) non influivano sul compimento del contratto giuridico. Fino al tramonto del sec. XII la Chiesa era incapace di compiere da sè la *traditio*, che era un atto civile, perchè riguardava la cessione del mundio. Cerimonie ecclesiastiche vi potevano essere, ma dopo la *traditio* e la conclusione del matrimonio, ma esse non importavano una consegna o conclusione di matrimonio da parte della Chiesa: onde si facevano alcuni giorni dopo la *traditio* e la consumazione delle nozze. Però la Chiesa cercava di avere la direzione, voleva che le cerimonie sue precedessero la consegna o fossero contemporanee, e vi riescì: nel corso del sec. XI si cominciò a fare la *traditio ante ostium ecclesiæ*, davanti la porta, *ad valvas;* il sacerdote interrogava i parenti e le parti e faceva la consegna. Le cerimonie che prima avvenivano davanti ai parenti colla cessione della *dos*, colla promessa del vedovile, colla consegna per scambio di anelli, ora facevansi davanti al prete. Ma ciò non mutava la natura giuridica del matrimonio, che restava un contratto, un negozio laico. La Chiesa era teste, non attrice principale, non elemento necessario per la validità. La benedizione non dava origine e valore al matrimonio: era un uso praticato dalle alte classi che divenne nel sec. XIV più frequente. Matrimonio ecclesiastico non conobbe nemmeno la seconda metà del medio evo, poichè malgrado la *traditio ad valvas* e la benedizione sacerdotale divenute d'uso generale nel sec. XVI, questa non significava altro che compimento ecclesiastico di un matrimonio laico già conchiuso e per sè esistente. Anche la Chiesa non vedeva nella benedizione l'atto di formazione del matrimonio nè faceva di essa la condizione di validità. Il matrimonio era atto del diritto civile, solo competente a giudicarne la validità e al quale era indifferente se seguiva o no il rito religioso: e la Chiesa riconosceva quest'importanza del diritto laico.

Nel Friuli, per citare una regione sulla quale si hanno docu-

menti editi relativi a questa materia, al sec. XIII i matrimonii, salvo qualche eccezione, erano celebrati in una camera o all'aria aperta, davanti a notaio e a testi: non ci contraevano *per solidum et denarium*, ma *per verba de presenti*. Il notaio o un teste chiedeva alla sposa « Laudas tu semel secundo et tercio *T*, in tuum maritum ad lectum et dischum secundum praecepta rom. Eccl. et consuetudinem terrae Foriuli? » E la sposa « Laudo ». Lo stesso chiedevasi allo sposo. Dopodichè si davano la mano o l'anello (*subarrare*, *porgere arram*). In alcuni casi lo stesso sposo faceva le interrogazioni « Ego laudo te in meam uxorem et tu laudas me in tuum maritum? » Di ciò il notaio redigeva un istrumento il quale conteneva anche i patti nuziali (1). Solo al 1339 trovasi da un patriarca di Aquileia statuito che i matrimonii siano celebrati *in facie ecclesiae* e i divorzi non siano fatti *inconsulto arcidiacono*.

Nell'Alta Italia e nella Centrale fino al sec. XIV restarono in vigore gli usi germanici degli sponsali e della consegna. Era il padre o il mundualdo davanti ai parenti quello che faceva gli sponsali e la consegna (*Decamer.*, V, 4). E gli sponsali conservavano ancora la loro grande importanza. Fu per rottura di sponsali che sorsero, secondo la tradizione, le fazioni dei Guelfi e dei Ghibellini a Firenze. Al momento degli sponsali, secondo gli Statuti, doveva la sposa dare i doni (*sposalitium*, *antefatum*, *osculum*, baziatura per il bacio con cui suggellavasi la promessa), e si facevano con le stesse feste che poi si dovettero frenare con leggi suntuarie. Per la maggiore importanza che avevano allora i rapporti patrimoniali, si era al XII sec. introdotto il costume di farli davanti a notaio o ai magistrati (2). Nell'Italia meridionale e in Sicilia, dove vigevano gli usi romani, il matrimonio contraevasi per consenso e non praticavasi la *desponsatio* e la *traditio* germanica, si formarono altre regole che diedero alla Chiesa maggiore influenza che nel resto d'Italia. Per evitare gli inconvenienti e il pericolo che questi matrimonii passassero come clandestini, re Ruggiero rese obbligatorii gli sponsali, la benedizione e la pubblicità delle nozze (3). Certo che anche nel resto d'Italia, tutto essendo affidato ai costumi, la mancanza di forme fisse e obbligatorie, perchè le antiche si andavano dimenticando, produceva inconvenienti. Non essendovi sorveglianza, avvenivano frequenti casi di bigamia, matrimonii fra parenti e altre violazioni di legge.

(1) Prampero, *Matrim. e patti dotali. Doc. Friulani del sec.* XIII, Udine, 1887.

(2) Ficker, III, 31: *Mem. e doc. di Lucca*, III, 143.

(3) Const. sic., III, 20: *Fragm. juris siculi*, ed. Merkel, 1854, p. 25.

176 (Diritto della Chiesa (*)). La Chiesa aveva accettato i principii del diritto romano per regolare il matrimonio, la forma, gli impedimenti, i diritti e i doveri dei coniugi (1). Poi come divenne dominante, lavorò strenuamente pel trionfo della sua dottrina sull'indissolubilità e sugli impedimenti: ma non ebbe una sua dottrina in ordine alla sacramentalità nè alle forme del matrimonio. L'affidò alle leggi civili che lo trattavano come un contratto, e ai costumi delle popolazioni che avevano speciali riti e cerimonie interamente laiche. Essa si limitò a dare disposizioni che non contraddicevano al diritto laico, ma lo completavano. Invece di avversare l'istituzione laica germanica del matrimonio, la Chiesa ne adottò le principali linee, accolse nella sua legislazione i due elementi essenziali del diritto germanico, la *desponsatio* e la *traditio*, mantenendo ad essi l'alto valore che avevano e facendone due caposaldi della sua dottrina matrimoniale (2). La Chiesa entrò nel diritto germanico e cercò padroneggiarlo, dandogli un'ispirazione ascetica, compenetrandolo del principio suo di indissolubilità, e di quello romano di eguaglianza dei coniugi. Essa formò, con grande elaborazione, lentamente, attraverso a molte incertezze, frutto di nove o dieci secoli di evoluzione e di storia (Freisen), un diritto matrimoniale, nel quale sono visibili gli elementi romani e germanici, ma che ebbe però uno sviluppo indipendente (3).

Nell'antica dottrina della Chiesa il matrimonio non era un sacramento (4). Se questa parola è usata non è nel senso di mezzo di grazia ma di indissolubilità. La prima idea fu formulata da Incmaro di Rheims che disse il sacramento esistere quando vi è la *copula*, ma non fu accolta dalla Chiesa. Al XII sec. la dottrina fu ripresa con maggiore insistenza (Sehling), ma tutta la letteratura canonistica delle Glosse non ebbe alcun concetto di ciò che sia forma o materia di questo sacramento. Eugenio IV, 1440, nulla pure diceva di grazia ma solo che il matrimonio sia « signum coniunctionis Christi et ecclesiae » (Freisen). Ciò rende

---

(*) **Bibliografia.** — Vedi le op. cit. ai §§ 170 e segg. di Friedberg, Sohm, Moy, Goeschl, Scheurl, Scherer, Freisen, Scaduto, Dieckhoff, Loening, Sehling, Ciccaglione; Stalin, *Lehre von der form d. Eheschliess. nach dem kan. Recht vor Gratian*, 1864; Roskovany, *Matrim. in eccles. potest. subrectum*, 1870, 2 vol.

---

(1) Così Sehling, 24. Invece Freisen, *Arch. f. kath. KR.*, LIII, 369, e *Gesch.*, p. 30 segg., 86, 205 segg. sostiene che tutto il diritto matrimoniale della Chiesa è di origine mosaica e talmudica.

(2) Schulte, *Handb. d. kath. Eherechts*, 1855, p. 37, 278; Friedberg, § 208, Walter, *Kirchenr*, § 298, dicono che il dir. canon. matrimoniale è il romano. Invece per Sohm è il germanico.

(3) Così Richter-Dove, *Lehrb. d. Kirchenrechts*, 1117. Secondo Scheurl, *Eherechts*, p. 52, il dir. can. dista dal rom. ma anche più dal germanico. Sehling, 34, riscontra la forte influenza del rom.; Freisen, 206, vuole che si sia sviluppato indipendentemente e che se influenza vi è, sia ebraica.

(4) Hahn, *Die Lehre v. d. Sacramenten*, 1864; Freisen, p. 29-45; Kurtz, *Lehrb. d. Kirchengesch.*, 1885, I, p. 183.

anche ragione del perchè la Chiesa non pretese regolare il matrimonio. Però se la Chiesa non entrava sull'essenza e nelle forme, aveva formulato dei precetti intorno agli impedimenti, all'indissolubilità, alla separazione ammessa solo nel caso di adulterio, vietando il ratto, le unioni fra rapitore e rapita, limitando il concubinato, dando qualche valore al consenso della donna, ecc. Fu sotto i Carolingi che questi precetti cominciarono ad essere accolti dalla legislazione civile. I Franchi diedero sanzione a parte delle decisioni canoniche: e per l'ascendente che ottenne la Chiesa in questo tempo e mercè le compilazioni canoniche piene di falsificazioni elaborate in Francia nel IX sec., le leggi ecclesiastiche matrimoniali riescirono a penetrare nelle civili. Quelle però non uccisero queste; ma ciò agevolò che a poco a poco la Chiesa estendesse la sua influenza: nel sec. XI ottenne la giurisdizione nelle cause matrimoniali: poi prese parte alle solennità e fece accogliere la benedizione volontaria. In tale contatto col diritto germanico, tolse alla sua volta da questo il principio della pubblicità e solennità della promessa e della consegna; degli sponsali *de praesenti et de futuro*, della *traditio*, ecc., e seguì le leggi germaniche nel dichiarare validi i matrimoni compiuti senza forme ma col solo consenso (1), nel non richiedere la *copula* per la validità (ciò fino a Incmaro, sec. IX, dal quale deriva poi quella dottrina che il matrimonio si compie colla copula e si scioglie per impotenza, oggetto di tante controversie, ma poi accolta dalla Chiesa (2) come fu scritto da Graziano nel *Corpus iuris can.* « consensu (ossia desponsatione) matrimonium initiatur et commistione perficitur ») (Sehling).

In quanto agli sponsali, anche la Chiesa occidendale dei primi tempi aveva attribuito grande valore alla promessa, che usavasi coronare dalla benedizione sacerdotale (3), e puniva chi la violasse. La promessa era pei padri della Chiesa il principio del matrimonio e creava un rapporto di fedeltà eguale a quello proprio delle nozze. La benedizione che qui trovasi, chiesta nel sec. IV e V generalmente dai ricchi, non era obbligatoria, cosicchè non subiva pene ecclesiastiche chi non la chiedeva. Gli sponsali e le nozze erano egualmente valide e perfette anche per la Chiesa colla semplice dichiarazione della volontà. Con tutto ciò quest'intervento sacerdotale andò sempre più estendendosi nel medio evo; soltanto invece di verificarsi al momento de' sponsali, si chiedeva al momento della consegna.

Gli sponsali nel diritto ecclesiastico acquistarono una grande importanza per la distinzione di sponsali *per verba de praesenti* e *de futuro*. La dottrina di essi non è che lo sviluppo e il perfezionamento degli

---

(1) Non è vero che si debba alla Chiesa di aver fatto riconoscere i matrimoni senza mundio (v. § 171) ossia senza formalità come vogliono Bluhme, *Zeitr. f. RG.*, XI, 381, Rosin (cit. da noi, a p. 53), p. 41.

(2) Freisen vuole che la Chiesa abbia sempre seguita la dottrina della copula.

(3) Friedberg nega che la promessa sia stata conosciuta dalla Chiesa: e Scheurl che in occidente si sia usata la benedizione e sia scomparsa colla venuta dei Germani. Contro Loening e Sohm.

sponsali secondo il diritto germanico (1): ma è più esatto dire che fu gioco di scolastici o di pazzi come diceva Lutero, variamente intesa da papi e canonisti, diversamente applicata in Italia e in Francia, non distinzione di fatto ma di diritto, basata non su *essentialia negotii*, ma su cavilli di parole. Il *praesens consensus* o *consensus materialis per verba de praesenti* era l'atto germanico per mezzo del quale si iniziava il matrimonio che poi doveva essere perfezionato colla *deductio* e diveniva indissolubile mercè la *copula:* da esso originava un rapporto di fedeltà come presso i Germani, che poi sotto Alessandro III e Gregorio IX fu eguagliato al matrimonio stesso. La sposa abbandonata prima di essersi unita all'uomo doveva mantenersi casta per tutta la vita: così i Penitenziali del sec. IX. La *desponsatio de futuro* non produce un immediato rapporto giuridico, è un patto nudo senza forza coercitiva (2).

Le forme ecclesiastiche che accompagnavano la celebrazione del matrimonio (*benedictio dotis et thalami*, *missa*, ecc.) nulla avevano di comune colla *traditio* laica nè erano necessarie. Risalivano ai tempi apostolici, ma erano volontarie: nessun concilio le ordinava come obbligatorie. Sotto i Germani la Chiesa adottò il giorno della *traditio* pei suoi riti perchè era anche il giorno di festa negli usi civili: ma l'atto giuridico non era compiuto dal sacerdote, ma dal mundualdo. Al tempo di Alessandro III era indifferente fare il matrimonio davanti al notaio, ai parenti o al parroco (Friedberg). Quando poi nel sec. XIII venne il costume che gli sposi si scegliessero la persona tradente (che non fu più il padre o il mundualdo) la Chiesa volle che questo tradente fosse non un laico ma un sacerdote; e d'allora la consegna fu fatta *per* la Chiesa e il sacerdote pronunziava le parole: *Ego coniungo vos*, ecc. Questa *traditio* fino al sec. XVI compivasi non nella Chiesa, ma davanti la porta della Chiesa: il che mostra essere la *traditio* co'suoi atti civili (consegna di dote, vedovile, ecc.) rimasta fino allora laica, un atto estraneo alla Chiesa, e l'azione sacerdotale limitarsi al servizio divino. S. Tomaso dice che solo la manifestazione del consenso è « forma huius sacramenti non autem sacerdotalis benedictio quae non est de necessitate sed de solemnitate ». Ciò che la Chiesa volle fu che questa manifestazione e la *traditio* fossero pubbliche, per impedire il concubinato: e a ciò collegansi le prescrizioni « nullum sine dote fiat coniugium » (V. nota al § 183); poichè la dote dovendo essere solennemente data dallo sposo come prezzo del mundio, poi come vedovile, essa faceva prova dell'esistenza del matrimonio.

177 (Il Concilio di Trento (*)). Il diritto matrimoniale fu mutato dalle prescrizioni dettate dal Concilio di Trento (sess. XXIV, an. 1563), le quali abolirono le pratiche e disposizioni dei diritti

(*) **Bibliografia.** — Sarpi; Pallavicino; Sohm, *Ehescl.*, 187-196; Friedberg, 107-127; Schulte, *Kathol. Eherecht*, p. 64; Salis, *Die Publication d. trident. Rechts d. Eheschlies.*, 1888.

(1) Per Freisen, 206, segg., derivano invece dal dir. ebraico.

(2) Così Sehling e Freisen. Invece Sohm e Scheurl che sia obbligatoria come quella *de praesenti*.

civili nazionali e locali, e misero termine alle controversie scolastiche e teologiche sulla sacramentalità dell'atto. Fu una mutazione radicale sulle antiche leggi, ma però da lungo insensibilmente preparata. Ne scaturì un diritto unico per tutta la cristianità, che ebbe a base il consenso. Il Concilio Trentino stabilì che i riti ecclesiastici producessero celebrazione del matrimonio; vietò i matrimoni celebrati davanti a testi: abolì la distinzione fra sponsali *de praesenti et de futuro*, dichiarò il matrimonio sacramento indipendente dalla *copula*, e formato pel solo consenso dei coniugi; e in conseguenza ammise i matrimoni clandestini, se fatti colla presenza del parroco e di tre testimoni. D'allora il matrimonio divenne atto compiuto nella chiesa e per la Chiesa: la *traditio* scomparve, e il punto più essenziale e formale divenne la manifestazione del consenso davanti al sacerdote. Il rito fu solo declaratorio, e la Chiesa lo vestì colle forme usate negli sponsali *de praesenti:* cosicchè si può dire che la *traditio* ecclesiastica si mutò in una *desponsatio* fatta dalla Chiesa. Tutto passò nelle mani del parroco, che divenne l'ufficiale dello stato civile. Si rese così obbligatorio un canone da molto tempo enunziato, ma rimasto senza efficacia, quello cioè che i matrimoni dovevansi annunziare al parroco perchè provvedesse a investigazioni e li pubblicasse.

178. Il Concilio di Trento regolò senza eccezione tutto il diritto matrimoniale e attribuì completa giurisdizione in tal materia alla Chiesa, fino al sec. XVIII. Ma non tardarono a mostrarsi i danni derivanti dalla natura sacramentale delle nozze. Vi erano unioni che erano religiosamente valide e socialmente pericolose. La questione dei matrimoni clandestini era stata complicata dal Concilio. Poichè la Chiesa (dopo il sec. XII) aveva riconosciuto bastare il solo consenso degli sposi per fare il matrimonio sacramento indissolubile e che l'autorizzazione dei genitori non era necessaria per la sua validità ma solo per la solennità, il ratto di seduzione che finiva colla benedizione del prete era divenuto frequente. Il Governo di Francia se ne preoccupò e ordinò che il parroco non potesse benedire alcuna unione senza il consenso dei genitori. I canonisti, per conciliar tutto, proposero di assimilare il ratto di seduzione a quello di violenza e considerarlo come un impedimento (1). Ma ciò non dovè molto valere perchè in Italia troviamo l'intervento diretto nello Stato (Lombardia, Giuseppe II, 1783; Toscana, Leopoldo II, 1786, Sinodo di Pistoia, 1788; Napoli, 1718, 1767, 1771) che vietò i matrimoni clandestini con multe e pene di galera per gli sposi, i testimoni e i sacerdoti che bene-

(1) Salis, p. 6-48; Duguit, *Étude histor. sur le rapt de seduction. Nouv. Rev. hist.*, X, 1886, 587.

dicessero unioni senza il consenso dei genitori. — Anche la tenuta dei registri di stato civile da parte dei parroci aveva dato luogo a reclami: e nel sec. XVIII in Piemonte e Sardegna eransi istituite visite annue fatte da pubblici segretari insinuatori.

Il Cod. franc. ridonò al matrimonio la sua natura contrattuale e fece obbligo ai Comuni di tenere i registri. I suoi principii non furono interamente scancellati dalla reazione del 15, nè fu ristabilito il Concilio di Trento puro e semplice se non in Toscana, negli Stati Pontifici e in Sardegna, dove fu restituito ai sacerdoti anche la tenuta dei registri, ma ivi pure fu aggiunto l'obbligo di darne periodica visione a un ufficiale governativo, e a Parma e Modena di depositarli negli archivi comunali. Nelle Due Sicilie si attuò un sistema misto: si facevan gli sponsali davanti all'ufficiale di stato civile e le pubblicazioni: al parroco si presentava un certificato di queste ed egli allora procedeva alla benedizione che creava il matrimonio: erano vietate le unioni di coscienza, ritenute senza effetto per le pensioni. Nel Lombardo-Veneto praticavasi un sistema misto, cosidetto giuseppino, risultato da concordati col Papa. Pel Codice estense e pel parmense le nozze dovevansi celebrare secondo il rito ecclesiastico, ma le questioni sulla separazione del matrimonio civile e religioso erano coperte da varie disposizioni che supplivano quasi al matrimonio civile: infatti venivano stabilite opposizioni e forme che condizionavano l'efficacia civile, per cui un matrimonio ecclesiasticamente contratto non avrebbe potuto aver effetti nel foro esterno. In Piemonte furono presentati progetti pel matrimonio civile nel 1850 e 1852 (De Foresta, Galvagno). Per l'opposizione del clero e l'intervento del Papa allora naufragarono. Solo nel Codice italiano del 1865 fu stabilito il matrimonio come contratto regolato dalle leggi civili.

179. Dopo il Concilio di Trento gli sponsali perdettero qualsiasi importanza giuridica. Negli aboliti Codici (salvo Toscana e Stati pontifici dove la materia era lasciata al diritto canonico) gli sponsali non producevano effetti, se non erano consacrati da atto pubblico, col consenso dei genitori (Cod. sardo, parm., moden.): e sciolti senza causa non davano diritto che ai danni realmente sofferti. Il concetto germanico della *desponsatio* era scomparso. Pel Codice delle Due Sicilie gli sponsali avevano grande importanza; erano l'atto che iniziava il matrimonio, senza cui non potevasi questo compiere. Quel Codice volle prendere dal Codice francese qualche cosa di ciò che rendeva civile il matrimonio, senza romperla colla Chiesa, cercò conciliare i diritti dello Stato colle pretese canoniche e fece degli sponsali un atto civile, lasciando alla Chiesa la consecrazione del matrimonio che si faceva secondo il Conc. di Trento. La promessa si dichiarava dagli sposi dinanzi

all'officiale dello stato civile, dopo regolare notifica, alla presenza dei testimoni e col consenso dei genitori. Si redigeva un atto che era presentato al parroco: senza tale atto questi non poteva benedire la coppia. Però gli sponsali non avevan forza coercitiva, ma davan solo diritto ai danni. Anche nel nostro diritto la promessa non è un vincolo giuridico.

180. Restano a notarsi alcune particolarità proprie delle legislazioni italiche relative al matrimonio. Fu sistema dei passati governi, a cominciare dai Comuni, di favorire le unioni coniugali, per incremento della popolazione. Volevasi che gli ufficiali pubblici fossero ammogliati, aveva privilegio ed esenzione di imposte chi aveva molta prole, si dotavano le zitelle povere, si sorteggiavan premii fra le nuove coppie da certi monti speciali, si multavano i celibi, si premiavano perfino quelli che si adoperavano a stringere matrimonii: i sensali erano allora nei costumi delle nostre città. Più previdenti dei signori feudali che mettevan restrinzioni e tasse e diritti di vario carattere ed origine (marcheta, culaggio, cunnaggio) pei matrimoni dei loro dipendenti, i Comuni del primo periodo tennero nel massimo onore la famiglia e il matrimonio e l'incoraggiarono. Ma poi colla ricchezza venne la corruzione; e il quadro che ci dànno della famiglia e della fedeltà coniugale gli antichi novellieri italiani, è poco edificante. Ma fu crisi passeggiera e quando tutta intera sarà conosciuta la storia dei costumi italiani dal medio evo a noi, si vedrà dal quadro risaltare pura la famiglia, e le ombre saranno nei costumi dell'alta società — come a Venezia nel sec. XVIII dove la castità della donna era parola vuota di senso, l'unità del matrimonio argomento di scherno, come in Lombardia nel tempo di Parini dove quest'unità era rósa dai *patiti* e dai *cavalieri serventi*, come altrove, ma specie a Roma, dove l'abbondanza di religiosi celibi era sempre una insidia alla santità del focolare domestico.

CAPO XIII.

GLI IMPEDIMENTI MATRIMONIALI (*).

181. Secondo il diritto imperiale romano gli impedimenti del matrimonio si distinguevano in assoluti e relativi. Ostava impe-

(*) **Bibliografia.** — Schupfer, *Arch. giurid.*, I, 43, 44; Loening, II, 542-569; Richter-Dove, *Lehrb. d. KR.*, 8 ed., 1885, § 269-280; Moy (§ 170), I, 360, segg.; Freisen, 220-769; Sehling, *Die Wirkungen der Geschlechtsgemeinschaft auf die Ehe*, 1885; Laurin, *Die geistliche Verwandschaft in ihrer geschicht. Entw. Arch. f. Kath. KR.*, XV, 226; Scaduto, *Consenso*, p. 359, segg., 431. Oltre Sanchez, Guttierez.

dimento assoluto ai furiosi, ai castrati, agli impuberi, a coloro che non avevano ottenuto il consenso paterno se sottoposti a patria potestà, a coloro che avevano prestato voti di castità, ai chierici che avevan ricevuti gli ordini maggiori, a quelli legalmente coniugati. Due impedimenti assoluti si riferivano alle donne: la vedova non poteva passare a seconde nozze se non scorso l'anno di lutto: la ripudiata per adulterio non poteva rimaritarsi finchè viveva il marito. Erano impedimenti relativi: la parentela naturale e la civile, l'affinità e la quasi affinità, l'affinità derivante dal sacramento del battesimo, la differenza di religione, la tutela e la cura (fra il tutore e i figli e la minorenne); un delitto (fra l'adultero e l'adultera), il bene pubblico (fra un impiegato provinciale non oriundo del luogo dove esercita le sue funzioni e una donna di tale provincia). Un matrimonio contratto con un impedimento era nullo e i figli nati illegittimi, anche se i genitori erano in buona fede: era però valido il matrimonio dell'adultera con altro uomo che l'adultero, quello del monaco, quello della vedova prima dell'anno. Questi incorrevano soltanto in una pena.

Nel diritto germanico era necessario per sposarsi il consenso dei genitori: volevasi età giusta (12 anni per la donna, 13 per l'uomo secondo il dir. longob.; per altre 20) — per diritto visigoto la eccessiva differenza d'età rendeva turpi le nozze. Era impedimento assoluto la parentela che in principio valutavasi solo per la consanguineità. Solo l'agnazione, non la cognazione e l'affinità erano originariamente circostanze impedienti. Ma per l'azione del diritto romano e canonico crebbe il cerchio dei parenti ed affini fra cui anche i Germani dopo il VI secolo vietarono le unioni. Questa evoluzione presenta pure il diritto longob. che sotto Rotari vietava già le nozze colla matrigna, filiastra, cognata, chiamandole nozze incestuose, e sotto Liutprando per invito del papa vietò anche le nozze colla sorella della moglie e introdusse l'impedimento della parentela spirituale, tra padrino e figlioccia e tra i figli di quello e di questa. E le restrinzioni andarono di secolo in secolo crescendo. Sotto Carlo M. vietaronsi le unioni tra consobrina e nipote, fu ingiunto all'uomo di rispettare la parentela della moglie come la propria, e fu estesa la parentela spirituale alla cresima. Enrico II vietò il matrimonio colla vedova o colla fidanzata di un consanguineo. Il diritto germanico prese dalla dottrina canonica altri impedimenti, come il voto, l'ordine, la *cultus disparitas* (nel sec. VII), la *cognatio spiritualis* (sec. VIII), e diede ad essi sanzione civile.

La formazione delle prescrizioni sulle cause impedienti (*matrim. illicitum*) e dirimenti (*m. nullum*) il matrimonio è stata in parte opera della Chiesa e specialmente dei concilii franchi, irlandesi ed

iberici, che lavoravano a migliorare i costumi delle popolazioni convertite e sradicare l'abitudine delle unioni entro il ristretto cerchio del parentado. Contemporaneamente la Chiesa cercò di far prevalere fra i Germani quegli impedimenti che erano proprii del diritto romano e quelli che essa aveva fatto accettare dalla legislazione imperiale: il lavoro fu lento, ma riescì, e nella 2ª metà del medio evo fino al concilio di Trento, anche perchè le disposizioni ecclesiastiche corrispondevano in gran parte a quelle del Cod. giustinianeo, questa materia fu regolata dal diritto canonico. Questo aveva sempre voce nei tribunali, e la Chiesa disponeva sempre di una grande autorità morale, se mancava la materiale, per fare accettare queste sue norme. I canonisti del sec. XII-XIV formularono molte dottrine sugli impedimenti che furono poi rese definitive dal concilio di Trento che divenne legge per questi fino al Codice del 1865.

182. Gli impedimenti del diritto canonico sono: 1° l'impotenza di mente; 2° *imp. conditionis appositae;* stabilito pure dal dir. romano (Schcurl), accolto nell'antica Chiesa orientale (Zhishman), ma entrato in quella di occidente dopo Graziano. Riguardava la condizione apposta negli sponsali *de futuro* (Freisen). 3° *imp. vis ac metus.* L'antica Chiesa quasi fino al 1000, allo stesso modo dei diritti germanici, non conobbe l'assenso degli sposi e richiese solo quello dei genitori, che disponevano dei figli come volevano (Scaduto). Solo tardi si cominciò a prescrivere che la fanciulla non potesse essere promessa (*mat. initiatum*) senza il suo volere, ma che dato l'assenso suo potesse essere consegnata allo sposo (*matr. consumatum*), anche se mutava pensiero: e passo passo si arrivò al Conc. trident. che richiese non solo il consenso degli sposi, come il dir. rom. ma il *liber consensus*, pena la scomunica per chi li violentasse. Però in fondo la dottrina del *raptus* e *metus* è quella del dir. romano. 4° *imp. erroris.* Questo impedimento aveva acquistato importanza nel dir. german., pei divieti di unioni fra persone di diversa condizione, come liberi e serve (§ 184). La Chiesa che rispettò i diritti dei padroni sui servi, non solo disse nulle le unioni di questi fatte contro il volere dei padroni, ma nulle ancora quelle di persone libere con serve di cui ignorassero la posizione sociale. Al sec. XII l'*error conditionis* era eguagliato a quello della persona ed escludeva matrimonio (Alessandro III). 5° *imp. aetatis.* Per diritto canonico l'età pel matrimonio si fissò a 12 anni per la donna, 14 pel uomo: le unioni fatte prima di quest' età erano sponsali *de futuro.* 6° *imp. impotentiae.* Nei Concilii franchi del sec. VIII fu fissato che se per confessione dei coniugi era stabilita l'impotenza, il matrimonio era sciolto. Se non nelle leggi certo nei costumi di Germania pare che fosse valido solo quel matrimonio che dava prole. Con Graziano l'impotenza non fu ritenuta più impedimento dirimente, ma motivo per chiedere lo scioglimentò di coniugio, ossia il matrimonio dell'impotente era valido se la parte sana non si opponeva. Ma la teoria posteriore ne fece un *imp. dirimens.* 7° *imp. ligaminis*

per quelli già coniugati o promessi in sponsali. 8° *imp. consanguineitatis*. Nei primi secoli la Chiesa si attenne ai limiti del diritto romano (Loening: secondo Freisen a quello del dir. mosaico); solo nel sec. VI allargò l'impedimento della parentela vietando le unioni fra cugini e figli di cugini. Da quel momento essa andò di secolo in secolo accrescendo il numero delle generazioni fra le quali era vietato il matrimonio. Le sue disposizioni furono accettate dalle leggi civili.

Nel sec. VII la Chiesa portò l'impedimento al III° grado di computazione germanica: nel VIII i Concilii franchi l'estesero al IV° grado e comminando una penitenza a chi lo violava. Alcuni papi e alcuni concilii nel IX sec. pretendevano di applicare l'impedimento a tutti i parenti secondo il precetto mosaico: e siccome vario era il còmputo della parentela fra i Germani, stabilirono il VII° grado (che era anche quello seguito dai Franchi e dai Longobardi) come estremo limite della parentela pel matrimonio. Il sette era anche nelle comunità cristiane un numero mistico, simbolico, pieno di significati. Queste disposizioni non penetrarono in tutti i paesi (come in Germania dove anche al sec. IX era il IV° grado il limite estremo): e sebbene nei Concilii romani del 1059 e 1063 nuove sanzioni fossero date all'impedimento della parentela, colla minaccia della separazione, tuttavia la pratica generale non si sottomise: anzi in Italia la scuola giuridica di Ravenna nel sec. XI si ribellò alla computazione canonica e cercò sostituire la romana anche per gli impedimenti matrimoniali. I giuristi però non combattevano tanto pel còmputo quanto per le conseguenze, e volevano alle 7 generazioni, secondo il computo canonico, sostituire i 7 gradi del computo romano. Malgrado la difesa di Pietro Damiani, e le bolle di Alessandro II in favore dei canoni, dopo due secoli, nel Concilio Laterano del 1215 Innocenzo III, invocando tesi tratte dalla patologia umorale di Galeno, ridusse al IV° grado di computazione canonica l'impedimento, limitò l'affinità al IV° grado, e abolì i divieti di nozze fra i figli di secondo letto e i parenti del primo marito. Il Concilio di Trento infine accolse pure il IV° grado di cognazione e di affinità, come ultimo grado per l'impedimento. 8° *imp. affinitatis legitimae*. Partendo dal precetto giudaico che marito e moglie sono *una caro*, la Chiesa antica propugnò anche l'impedimento della affinità; e l'accolsero i Visigoti e i Franchi presso i quali Childeberto II vietò il matrimonio colla sorella della moglie e colla vedova del fratello, pena la morte e l'incapacità alle cariche pubbliche (596). E assieme a questo divieto quei popoli accolsero anche il modo di computare l'affinità; il quale computo facevasi a gradi, e ciò era in armonia colla Chiesa orientale (Zhishman): e tal còmputo divenne d'allora diritto comune. 9° *imp. affinitatis illegitimae*. Quale conseguenza delle prescrizioni dei penitenziali sulla fornicazione, fu il divieto canonico di sposar donna *a consanguineo suo cognita*. 10° *imp. quasi affinitatis seu publicae honestatis justitiae*, come anticamente dicevasi. Si aveva quando alcuno corrompesse la promessa di un suo parente; questi non potrebbe più sposarla. Il Concilio di Trento restrinse l'impedimento ai parenti di I° grado. 11° *imp. cognationis spiritualis*. Deriva una parentela spirituale, secondo i canoni, dal battesimo, dalla cresima e dalla penitenza. La prima dispo-

sizione che vieta il matrimonio fra padrino e matrina e battezzato è quella di Giustiniano. Nel 721 la rinnovò il Concilio Romano, nel 723 Liutprando. Al sec. VIII rimonta il divieto fra il cresimato, il padrino e la matrina. Graziano riconobbe anche una *cognatio spiritualis* fra penitente e confessore. 12° *imp. incestus*, *raptus*, *criminis*. In quanto al ratto si intendeva che la fanciulla fosse rapita non solo contro il volere dei genitori, ma anche contro il proprio. Il matrimonio dell' adultera vedova coll'adultero era parimente vietato. 13° *imp. religionis*. La diversità di religione divenne impedimento specie dopo il sec. VI. 14° *imp. voti*. Nell'antica Chiesa chi rompeva il voto di castità, incorreva in gravi penitenze, ma il matrimonio era valido: nel sec. VI i canoni divennero più rigidi e fecero anche dalle leggi civili (Clotario II, 560, Liutpr. 30, 95) annullare questi matrimonii. Però questa pratica non fu universale e trovansi ancora nell'VIII e IX sec. le antiche norme, di permettere cioe l'espiazione del sacrilegio. L'*imp. voti* si fissò definitivamente col Conc. Laterano 1123 e 1139 che disse nulle le unioni di monache e di monaci, e con Graziano: ma i canonisti discussero lungamente sul *votum simplex*, *solemne*, sulla *professio*, ecc., e moltiplicarono le distinzioni. 15° *imp. ordinis*. Tale impedimento si connette alla storia del celibato sacerdotale che richiesto, anche dalle leggi imperiali romane, solo pei vescovi, raccomandato sotto gravi minaccie dai concilii dopo il secolo VIII, non divenne regola generale che nel sec. XI.

L'antico diritto italiano conobbe ancora impedimenti derivanti da cause d'ordine sociale e politico, come i matrimonii fra liberi e serve, e viceversa, fra nobili e ignobili. I Comuni vietarono spesso che le cittadine andassero a marito con stranieri, perchè le doti non escissero dal paese o che si unissero a banditi e a ribelli. Dai dispacci napolet. risulta che era vietato il matrimonio con persona turpe se ne veniva disdoro ai cognati ed agnati; i figli potevano vietare le nozze del padre con persona turpe; i militari dovevano avere il permesso dei superiori: erano anche vietate le nozze fra persone diseguali; il re dava il permesso se il padre era assente: il giudice poteva costringere il figlio di famiglia alle nozze, dissenziente il padre, per cagion di stupro.

CAPO XIV.

LE UNIONI INFERIORI.

183 (Concubinato). *Licita consuetudo*, *matrimonium ineguale* cioè senza l'*affectio coniugalis* dicevano i Romani il concubinato. Ma il diritto germanico non conosce il concubinato come un istituto giuridico: e sebbene il matrimonio senza mundio (v. §171) sia da esso chiamato concubinato, tuttavia, nulla ha di comune col concubinato romano: perchè anche i matrimonii privi degli ordinarii effetti giuridici erano matrimonii. Perciò potevano anche i servi e i dipendenti vivere in unioni coniugali e i matrimonii senza mundio dei liberi erano *matrimonia*. Soltanto per distin-

guerli dalle altre unioni con pieni effetti giuridici usarono, non le leggi, ma i monumenti storici della terminologia romana e designarono col nome di concubina quella donna che era stata condotta a casa *non solemniter;* e i figli nati da essi si dissero *liberi naturales* (Li. 106), nome che si dava anche a quelli procreati fuori di tali unioni (Roth. 156). In conseguenza il nome di concubinato si applicava a quei matrimonii fatti senza il *pretium* o la *dos*, o per ratto (§ 171): i quali probabilmente divenivano legittimi se il *pretium* era posteriormente sborsato dal marito: certo da quel momento producevano speciali conseguenze giuridiche. Si applicava ancora a quelle unioni coniugali nelle quali non era possibile matrimonio solenne per differenza di condizione fra i coniugi. Il concubinato adunque era monogamico, ma non indissolubile: il padre potendo ritirarsi sempre la figlia, della quale non aveva ceduto il mundio. Era poi vietato tenere una concubina accanto alla moglie legittima; e questo era punito come adulterio.

Nell'antica chiesa era permesso vivere *cum concubina speciali* e non si poteva rimandar questa per prenderne altra. Tutte le idee romane sul concubinato furono accettate dagli antichi canoni, e i concilii del sec. VIII le applicarono alle non solenni unioni germaniche, prescrivendo di star contenti a una sola concubina, di non tener concubina accanto alla moglie, di abbandonar quella se si conduce *puellam rite desponsatam* (852). La concubina era pei canoni una donna presa matrimonialmente con *affectus maritalis*, ma al cui matrimonio mancavano gli *instrumenta dotalia* (1). Come poi la Chiesa insistette perchè tutti i matrimonii si facessero pubblicamente e colla dote e divenne generale l'uso della benedizione, il concubinato fu ritenuto come *fornicatio*, negazione del matrimonio e vietato: ma nello stesso tempo si accolse la distinzione germanica fra matrimonio con pieni effetti giuridici e matrimonio senza tali effetti, che era quello dai Germani detto concubinato, e che nel diritto feudale si era perpetuato nella forma di coniugio morganatico. Tale coniugio fu riconosciuto dalla Chiesa la quale in tal modo permise il concubinato monogamico se aveva a base la *maritalis affectio*, che era quindi un matrimonio, ma senza le conseguenze civili. Tuttavia nella pratica, forse per l'esagerata imitazione delle idee romane, non andò fuori d'uso il concubinato romano. Alcuni statuti del sec. XIII e XIV conoscono un concubinato legittimo e permettono tener concubine anche accanto alla

(1) Conc. Friulano, 796 c. 8 vieta matrim. clandestini X. *Interventis pactis dotalibus* i vicini e i maggiorenni informino sulla parentela degli sposi, e raccomanda nulla si faccia *sine notitia sacerdotis plebis* e ciò per evitare questioni di separazione. Era raccomandato avvisare il parroco, ma non richiedevasi la sua presenza per la validità delle nozze.

moglie. In Sardegna erano permesse le così dette fanti di letto. A spiegare il qual fatto non è necessario ricorrere tanto alla corruzione dei tempi quanto alla mancanza di un certo diritto matrimoniale. Il diritto germanico colle sue solennità degli sponsali e delle nozze era quasi tramontato; e un nuovo diritto laico ed ecclesiastico non era definitivamente formato. Anzi quest'ultimo riconosceva come canoniche delle unioni (matrimonii clandestini, morganatici, di coscienza) che favorivano il concubinato e si potevano con esso scambiare. Si potrebbe dire che ciò che gli statuti chiamano concubinato era il matrimonio morganatico della borghesia. Difatti quella concubina stava sotto l'autorità dell'uomo che aveva su lei gli stessi diritti che sulla moglie legittima. Invece alla donna non competevano gli stessi diritti sulla sostanza del marito. Questo modo di concubinato scomparve nel sec. XVI e specialmente per opera del Concilio di Trento.

184 (Matrimonio morganatico (*)). La differenza di grado era produttiva di notevoli effetti, nelle unioni matrimoniali per le leggi germaniche e le canoniche. Il servo che si univa con una libera incorreva nella pena di morte presso i Sassoni: i Longobardi facevano schiava o uccidevano o vendevano fuori paese la donna che l'avesse accettato. Presso i Ripuarii era la donna stessa che sceglieva il suo destino, accettando dal re, davanti alla famiglia, la spada o la cannocchia che le offrivano, la spada come sentenza di morte contro il servo che essa stessa pronunciava (1), la cannocchia come simbolo di volontaria dedizione in servitù. L'unione di un libero con serva, era concubinato anche agli occhi della Chiesa: e l'uomo poteva sempre rinviare la serva e unirsi a una libera. Anche vietati erano i matrimonii di una libera con un manumesso, di una liberta con un servo. Queste regole della disparità dei gradi non si applicavano però alle varie classi di liberi (ingenui dipendenti e nobili) fra cui le unioni erano lecite.

Tale era l'antico diritto delle Leggi. Collo svilupparsi del feudalismo, non furono soltanto le unioni dei liberi con donne di con-

---

(*) **Bibliografia.** — Koehne, *Die Geschlechtsverb. d. Unfreiern. frank. R.*, 1888; Culmann, *Studien über die morg. Ehe*, 1880; Zoepfl, *Die Missheiraten teutscher Fürsten u. Grafen*, 1796; Zoepfl, *id.*, 1853; Heffter, *Über Ebenburtigkeit, Standesgleichheit u. Standesungleichheit in d. deut. souver. Hausern*, nei *Beitrage. z. deut. Staatsrecht*, 1829, 1-105; Gohrum, *Gesch. darstel. d. Lehre von d. Ebenburgtik.*, 2 vol., 1846; Stobbe, II, § 213, 2.4.

---

(1) Su questo rito v. Sohm, 60; Gfrörer, *Volksrechte*, II, 54 seg.; Grimm, 168, 171. Invece Jastrow, *Zur strafrecht. Stellung. d. Sklaven*, 21, dice che *spata* significa simbolo di matrimonio. Sulla spada come simbolo v. Heusler, I, 72.

dizione inferiore riguardate come concubinati, ossia come matrimonii senza tutti gli effetti giuridici, ma le altre unioni ancora fra persone investite di feudi e altre senza feudi. Dal che derivò la formazione di un matrimonio riconosciuto anche dai canoni, perchè monogamico, indissolubile e fondato sulla *maritalis affectio*, il quale non era produttivo che di limitati effetti giuridici, matrimonio detto morganatico, della mano sinistra, della legge salica. Esso impediva, secondo le idee feudali, le miscele del sangue; e durò fino ai giorni nostri solo per le famiglie regnanti e le mediatizzate.

Il diritto feudale e le leggi delle famiglie nobili mantennero e rafforzarono l'idea che il solo matrimonio fra persone della stessa condizione era il perfetto e produceva tutti gli effetti, e ne derivarono le conseguenze che le disparità importavano perdita pei figli dei diritti feudali, dei titoli, armi, insegne, onori, ecc. E la Chiesa che riconosceva quest'unione come regolare, non ebbe ad occuparsi se essa era o no produttiva di tutti gli effetti giuridici proprii del diritto feudale; ma l'assimilò di fronte al diritto pubblico e privato all'antico concubinato, mentre in sostanza non era tale. Al momento del matrimonio si conveniva sui beni che il marito assegnava alla moglie e ai figli, e oltre tali beni nessun diritto potevano i figli pretendere. In quanto alla condizione, i figli seguivano quella della madre e non entravano nella famiglia paterna. Il matrimonio morganatico era così una comunione nel sangue, non nei beni e nel grado.

185 (Figli illegittimi (*)). Nell'antico diritto germanico i figli nati da un matrimonio senza mundio o da quelle unioni impropriamente dette concubinati, erano *liberi naturales*. Sebbene tale espressione sia adoperata dalle leggi anche per quelli che erano nati da qualunque altro congiungimento, tuttavia la distinzione fra gli uni e gli altri, è enorme. I primi appartenevano alla *sippe*, a differenza dei secondi; il che spiegasi perchè i primi nascevano da un vero matrimonio sebbene imperfetto. Erano quindi sotto la patria potestà, partecipavano a tutti i diritti e doveri famigliari, la vendetta, il giuramento, la solidarietà attiva e passiva. Avevano

---

(*) **Bibliografia.** — Koenigswarter, *Essai sur la legisl. des peuples anciens et modernes relative aux enfants nées hors mariage*, 1843; Amiable, *Rev. hist.*, X, 1864; Morillot, id., XII, 1866; Wilda, *Von d. unecht. Kindern. Zeit. f. d. R.*, XV, 1855; Rive, *Lehre v. d. ausserehel. Verwandschaft. Z. f. R. G.*, III, 1864; Maurer, *Unechte Geburt n. Altnord. R. Münch. Ak.*, 1883, 3-86; Dieck, *Beiträge z. Lehre v. d Legitimation durch nachfolg. Ehe*, 1832; Wolf, *Die legitim. per s. m.*, 1881; Heffter, *Erbfolgerechte der Mantelkinder*, 1836; Göritz, *Erbfolgefahigkeit.*, ecc., *Z. f. d. R.*, VII, Pertile, § 114, 116; Todaro, *Diritti dei figli naturali*, 1889, p. 72-113. E le opere degli antichi giuristi Palaeotus, ***De nothis***, Lupus, De Luca, ecc.

un diritto ereditario in alcuni diritti (Roth. 154-162): concorrevano anche coi legittimi, in altri no: e per questa quasi parità, i legislatori temettero indebolire la forza del matrimonio perfetto, e disposero (Liutpr.) che il padre il quale aveva prole legittima nulla dovesse dare ai figli naturali nati da un precedente matrimonio senza mundio, e questi stessero contenti a quanto i fratelli legittimi volevano dare. Così anche, sotto l'azione della Chiesa poco favorevole a queste unioni *sine dote*, disposero i Capitolari. La posizione degli illegittimi nella *sippe* come prossimi agnati, dava loro il diritto di esercitare il mundio sulle sorelle legittime. Per converso i naturali *spurii* o *vulgo quæsiti*, gli incestuosi e gli adulterini o quelli nati da unioni assolutamente vietate non erano parte della famiglia paterna, seguivano la madre e nessun diritto ereditario e famigliare godevano. Se la madre era serva, essi seguivano la sua condizione servile, e quindi divenivano proprietà del padrone della madre.

Fu sotto l'azione della Chiesa e pel rafforzarsi dell'idea che la famiglia deriva soltanto dal matrimonio perfetto (col mundio) che peggiorò la condizione dei figli naturali. Il diritto canonico del sec. XII soppresse la differenza fra le classi di naturali e di spurii: e d'allora fu ristretto il diritto dei primi, anche se legittimati. E poichè nei costumi la posizione degli illegittimi era vieppiù scaduta in confronto degli antichi tempi, nè più si aveva riguardo alla condizione della madre, i canonisti dopo Graziano dissero *spurii*, *nati ex damnato coitu* quelli che non uscivano da matrimonio pubblico e regolare. Nello stesso tempo per rialzare il matrimonio, diedero a questo una grande azione per legittimare tutti i nati prima, la qual cosa non si ammetteva dal diritto romano che per quelli nati da concubina, non pei *spurii* e i *vulgo quæsiti*: nè da questo beneficio della legittimazione il diritto canonico escluse gli incestuosi, quando il matrimonio poteva succedere per dispensa papale, e nemmeno gli adulterini quando nel sec. XIII deviando dall'antico rigore si ammisero i matrimonii fra persone colpevoli di adulterio.

E dall'evoluzione che fece il sentimento della famiglia, nonchè dalle censure canoniche derivò poi nel medio evo quel sentimento così avverso agli illegittimi, che scancellò (salvo poche eccezioni) le disposizioni germaniche ad essi favorevoli, li escluse dalle cariche e dalle corporazioni, fece proclamare il principio che essi « nec genus nec gentem habent ». Molti statuti li escludono dalla successione paterna: o in concorso ai legittimi non assegnavano loro che una meschinissima porzione. In Sicilia, Federico II per estirpare il concubinato dei chierici dispose che ai figli loro nella successione si preferisse il fisco. Anche i legittimati non potevano essere trattati come i legittimi: dove si voleva l'assenso degli agnati per

ammetterli alla successione, dove si limitava la facoltà al padre di favorirli per mezzo di donazioni. Tutti i diritti feudali e fidecommissarii non erano trasmissibili agli illegittimi nè ai legittimati: nemmeno se divenuti tali per rescritto di principe. In virtù di questo potevano portare le armi del padre, dirsi *de sanguine et agnatione*, godere i privilegi e la nobiltà gentilizia, se avevano mezzi da sostenere degnamente il loro grado: ma non potevano aspirare a maggiori diritti nell'eredità paterna.

L'essere illegittimo era una macchia che non si scancellava. Si era senza famiglia, nè la si poteva avere. Appartiene a questo secolo l'aver scritto nelle leggi e fatto entrare nei costumi che l'illegittimità dei natali non pregiudica all'estimazione civile, nè al miglioramento della sorte del naturale (Codice francese, austriaco, parmense).

La legislazione precedente, compresa la statutaria, mantenne in vigore le disposizioni romane e forse germaniche, relative agli alimenti da darsi dal padre ai figli naturali, e quelle riferentisi alla ricerca della paternità. In quanto agli alimenti (1), il diritto canonico era stato più largo del romano, imponendo al genitore, anche se sacerdote, di prestarli anche agli spurii; e questo principio era passato nella pratica; dove il padre poteva sempre, anche per testamento, disporre per gli alimenti in favore dei naturali riconosciuti; e lui vivo, dovevano riceverli o direttamente o per mezzo della madre, e lui morto potevano pretenderli anche se per lo statuto erano esclusi dall'eredità. Qualche legge assicurava gli alimenti anche agli adulterini e agli incestuosi, secondo il disposto del diritto canonico; concetto che fu accolto anche dalle cessate legislazioni nostrane.

In quanto alla ricerca della paternità (2), nell'antico diritto germanico il figlio poteva provare colla prova del ferro rovente, la sua derivazione e farsi riconoscere dal padre. Poi il diritto canonico ammise tutte le indagini; e la giurisprudenza e alcuni statuti (sec. XV), esplicitamente avevano sancito che i figli naturali potessero fare indagini sul padre e farsi legalmente riconoscere, ricorrendo ai mezzi di prova ammessi, e cioè la pubblica fama (anche se la madre dichiarava il contrario: così in Piemonte: Tesauro) provata pel giuramento di sei testi ed altri indizii equipollenti. In certi luoghi si ammise anche il giuramento della madre e la sua confessione fatta al momento del parto (onde l'adagio forense di Fabbro: *creditur virgini parturienti dicenti se ab*

(1) Ciccaglione, *La teoria degli alimenti* nell'*Enciclopedia giurid. ital.* voce *Alimenti*, § 84, 94.

(2) Vedi le opere su questo argomento di Bianchi, Amiable, Jarasse, Gegout, Tonnelhier, Cimbali, Todaro, ecc.

aliquo cognitam et ex eo prægnantem esse). Questi mezzi di prova erano certo pericolosi, e fin d'allora si cercò impedire gli abusi, sia negando il riconoscimento ai figli di una pubblica prostituta, sia dando facoltà al voluto padre di opporre il proprio giuramento a quello della madre (Ciccaglione). Il possesso di stato era, per tutte le passate legislazioni, un valido punto di partenza per arrivare all'accertamento della paternità. Come poi il Codice francese per mettere fine a scandali che ricordavano gli annali giudiziari di Francia, vietò le ricerche della paternità, questa ingiustificata misura passò anche nella nostra legislazione (eccetto che nel Codice austr. e in Toscana) « per tutela della stabilità e del decoro delle famiglie » (Pisanelli), ma e in Francia e in Germania si è da molti chiesta la riforma di queste disposizioni.

186 (La legittimazione). L'antico costume germanico di legittimare consisteva nella formalità di prendere sotto il mantello, stringendo al petto, il figlio naturale: era una specie di forma d'adozione. Legittimazione *per subsequens matrimonium* non conoscevasi. Il diritto longob. conosce pei *naturales* nati da una serva, anche due altri modi di legittimazione: quello per manumissione fatta dal padrone della serva *per gairethinx*, col quale atto la donna era elevata alla dignità di vera moglie, e l'altro compiuto davanti alla *thinx*, coll'assenso dei figli legittimi, e consistente nel dichiarare legittimi i figli nati nel concubinato, cioè da donna non dotata.

La legittimazione *per subseq. matr.* si introdusse per opera del diritto canonico, che però non riprodusse integralmente il concetto e le forme romane, in quanto che mentre il diritto romano retrocedeva l'azione del matrimonio al tempo della nascita dei figli, il canonico vedeva in questa legittimazione solo una manifestazione pubblica e palese di un matrimonio contratto, ma tenuto segreto (*matr. clandestinum*), oppure di un matrimonio di coscienza o di un *consensus nuptialis* che si ammette esistente fino al momento della procreazione. Quindi mentre il diritto romano partiva dalla supposizione che prima non esistesse matrimonio ma concubinato, il canonico presupponeva l'esistenza di un coniugio che non aveva ancora riconoscimento e sanzione ecclesiastica. Ne seguiva che il diritto canonico non chiamava mai legittimati quelli divenuti tali *per subseq. matr.*, ma legittimi (solo la scuola usò del linguaggio romano), nè cercò il consenso dei legittimandi come volevano i Romani; e li ammise alla successione in concorrenza coi legittimi. In tutte le leggi italiane, la legittimazione *per subseq. matr.*, ebbe effetti pienissimi, fece ammettere alle successioni anche feudali, purchè il matrimonio si potesse far retrocedere al tempo del concepimento

Le altre forme di legittimazione erano: *per rescriptum principis* (o del papa, 1213); *per rescriptum doctorum*. La prima forma (1), oggetto di controversie fra giuristi, era meno piena della precedente e la si disse inefficace se fatta a pregiudizio dei legittimi. In principio il rescritto sovrano aveva piena esecuzione, anche senza il concorso del padre naturale; poi l'aveva solo quando questi aveva dato il suo assenso; infine si ritenne che il rescritto attribuisse al legittimato solo quei diritti civili che non riguardavano la successione paterna. Nemmeno il re poteva imporre al padre un erede che non volesse. Il rescritto serviva a togliere la macchia prodotta dai pregiudizii, a conferire al legittimato il nome della famiglia cui apparteneva e le armi con una sbarra nera, e ad equiparare pei diritti politici e gli onori il naturale ai legittimi. Anche alla successione dei feudi il legittimato *per rescriptum princ.* non poteva concorrere (Pio IV, 1562). — La seconda forma si aveva per privilegi concessi dal sovrano a notai, avvocati celebri, professori; era ancora meno efficace e non produce a effetti civili o politici; elevava socialmente l'illegittimo, liberandolo dalla macchia che aveva e dalle incapacità proprie del suo stato, per esempio, di aspirare agli ordini sacerdotali. L'adozione era pure, secondo i giuristi, mezzo per legittimare. L'ingresso in religione era pure un mezzo per sanare lo stato di famiglia, ma non dava diritti a succedere. Si aveva a Bologna e a Napoli una legittimazione davanti a notaio. Alcuni governi (Lombardia, Toscana, Parma), vollero conservare un'ingerenza sulle legittimazioni che non potevansi fare senza licenza della pubblica autorità.

La legislazione italiana di questo secolo non modificò il diritto anteriore sulla legittimazione *per subs. matr.*, o *per rescript. princ.* Questa trovasi nel Cod. sardo, nell'austriaco, delle Due Sicilie (*mera grazia*): ma con diversi effetti, perchè mentre in Lombardia e Napoli giovava a fare acquistare i diritti della legittimità senza recare pregiudizio ai figli legittimi, nè ad altri congiunti per la successione, in Piemonte si dava quando non poteva aversi la legittimazione *per subs. matr.*, e quando non vi erano figli legittimi; e produceva gli stessi effetti dell' altra. Questo sistema ha pure tenuto il nostro Codice, con piena coerenza al principio che gli illegittimi godono piena estimazione civile, non essendovi più d'uopo di rescritto, che sani un difetto che la legge non ammette.

---

(1) Ficker, II, § 256 e segg., 264.

CAPO XV.

SECONDE NOZZE E DIVORZIO.

187 (Seconde nozze (*)). Pare che sentimento comune degli Indo-europei, sia stata l'avversione alle seconde nozze; anche presso gli antichi Germani la donna si dava una volta sola, e rimasta vedova preferiva morire sulla tomba del marito. Di quest'usanza fanno menzione alcune leggende dell'estremo nord, dove durò più a lungo. I Germani di Tacito non la praticavano più: ma lo sfavore verso le seconde nozze e l'avversione per la binuba, continuarono anche nelle *leges barbar.* più antiche (come la *L Sal.*), le quali, d'altra parte, riconobbero queste unioni e le regolarono come atto legale. Segno di tal sfavore sono le formalità simboliche che rivestono carattere di penalità, le quali accompagnavano le seconde nozze. Difatti per sposare una vedova, dovevasi (secondo il diritto salico), pagare un prezzo di acquisto diverso dall'ordinario, detto *reipus* ed inoltre l'*achasius* o *adhesius;* e compiere le solennità nuziali non alla presenza dei parenti od amici, ma a quella del re. Il *reipus* era una somma pagata dallo sposo al più vicino parente maschio che la sposa avesse nella propria famiglia per parte di donna (circostanza che forse si connette alla primitiva organizzazione famigliare sulla base del matriarcato); e mancando quello, al prossimo parente del marito defunto dal lato maschile, e se non ve ne erano, al fisco. Il *reipus* non rappresentava un compenso o soddisfazione ai parenti della vedova, per la loro delusa aspettativa sulla dote o il corredo (opinione di Pertile, Amira), ma una pena simbolica per una macchia recata alla propria dignità e all'onore della famiglia (Sohm, Del Vecchio). L'*achasius* poi era una somma pagata dalla vedova ai parenti del defunto marito, secondo alcuni (Waitz, Weinhold), per riscattar il mundio che loro apparteneva, quale proprietà, secondo altri (Pertile) un compenso per le perdute speranze ereditarie, o un prezzo di acquisto per la dote del primo matrimonio (Sohm), ma più probabilmente una soddisfazione pel torto che rimaritandosi la vedova faceva alla famiglia del primo marito Sotto l'azione romana questi concetti si mitigarono nella legislazione longobarda che ispirossi a principii liberali e tolleranti e protesse la vedova

---

(*) **Bibliografia.** — Del Vecchio, *Le seconde nozze del coniuge superstite,* 1885; Pertile, § 113; Peters, *De reipus,* 1830; Weinhold, *Reipus u. Achasius. Z. f. deut. R.,* VII, 1849, 539; Sohm, *Eheschl.,* 63 segg.; Habicht, 16-23.

contro il mundualdo che volesse opporsi alle nozze da essa vagheggiate o impedirle il ritorno alla propria famiglia; e se questa non l'aveva, al re, sotto il cui mundio doveva stare. Se voleva rimaritarsi, lo sposo doveva pagare al mundualdo la metà di ciò che il primo marito aveva accordato alla moglie in occasione delle prime nozze, quale dote (Schroeder, Schupfer, Del Vecchio).

L'avversione dei Germani alle seconde nozze, si incontrò con quella della Chiesa, che ritenendo il matrimonio un male necessario, non approvava che i vedovi si rimaritassero. Però anche questa rigidità di costumi si modificò, e nel sec. IX non si imponeva, se non che decorresse un certo tempo (da 30 giorni ad un anno), fra la morte del coniuge e le seconde nozze. La Chiesa abbandonò a poco a poco i suoi scrupoli contro i digami e la celebrazione delle seconde nozze, ed abolì le cauzioni penali di origine romana, contro quelli che si sposavano *intra luctus tempus* (Freisen). Invece mantenne e allargò il divieto delle nozze colla vedova del proprio fratello e dell'adultera col suo complice. Tali principii canonici regolarono d'allora le seconde nozze. Gli statuti e le leggi posteriori non trattano di esse che dal punto di vista dei rapporti patrimoniali e per proibire le serenate, ciambellerie, *cencerrade*, che sempre, specie a Napoli, si facevano, quando un vedovo o una vedova si rimaritavano. La legislazione italiana non favorì nè avversò le seconde nozze per sè: piuttosto ebbe in vista di voler conservate le ricchezze nelle famiglie e di voler evitare che la moglie potesse arricchire delle sostanze del marito. Queste limitazioni, derivate dal diritto romano, furono interpretate come sfavore per le seconde nozze; e ad esse ispiraronsi le disposizioni del nostro Codice (art. 770) che non trovansi nei precedenti.

188 (Divorzio (*)). L'indissolubilità del matrimonio fu introdotta nel mondo civile dalla Chiesa. Nell'antichità anche laddove vigeva la monogamia, bastava il consenso delle parti per sciorre il coniugio: e i Germani ammettevano che l'*utriusque voluntas*, anche solo per causa di discordia, potesse spezzare il vincolo coniugale: e questo principio serbarono anche dopo la conversione al cristianesimo (1). Ma presso essi non solo per mutuo consenso

---

(*) **Bibliografia.** — Glasson, *Le mariage civil et le divorce dans les principaux pays de l'Europe*, 1889, 2ª ed.; Hinschius, *Ehescheidungsrecht nach angelsachs. u. frank. Bussordnung. Zeits. f. d. R.*, XX; Loening, II, 606 segg.; Schulte, *Eherecht*, I, § 50-56; II, § 6, 15; Richter-Dove-Kahl, § 286; Moy, *Gesch. d. Eher.*, 10 segg., 104 segg., 273 segg.; Freisen, 769-846; Scaduto, *Divorzio e cristianesimo in Occidente*, 1884; Schupfer, *Famiglia. Arch. giurid.*, I, 133 segg.

---

(1) Marc., II, 30; Andeg., 17; Sirm., 19. Un Capit. di Pipino, an.

ammettevasi il divorzio, ma originariamente anche il ripudio da parte dell'uomo era lecito, perchè il fondamento del matrimonio essendo un contratto fra lo sposo e il mundualdo della donna, in virtù del quale quegli aveva assunto l'obbligo di condurre con sè la donna e tenersela a moglie, il marito era sciolto da tal obbligo contrattuale se la donna commetteva qualche azione cattiva come l'adulterio (se i parenti di lei non la purgavano giurando o con altre forme) o se rifiutavasi a seguire il marito. Non era però mai costretto a convivere con lei, se non gli piaceva: anche in questo caso poteva ripudiarla, ma doveva pagare una composizione o pena verso il mundualdo e i parenti della moglie; la quale composizione fu più tardi pagata alla ripudiata stessa. Tanto il divorzio quanto il ripudio avvenivano senza alcuna formalità (contro Sohm). La moglie al contrario non aveva la facoltà di abbandonare suo marito, perchè trovandosi dopo la consegna nel potere del marito suo naturale mundualdo, nè essa nè i suoi parenti potevano sciogliere il matrimonio. Anzi era punita colla morte la donna che fuggiva dal marito. In seguito alcuni diritti (visig. e longob.) sotto l'influenza del diritto romano permisero alla donna di separarsi dal marito quando questi avesse attentato alla vita di lei, l'avesse accusata calunniosamente, l'avesse spinta all'adulterio o le avesse posto vicino una concubina. Malattie od impotenza non erano cause di separazione se non quando risultavano provate da un giudizio di Dio. L'assenza prolungata per tre anni faceva libera la moglie; e questa era pure sciolta da ogni vincolo se il marito fosse riconosciuto schiavo o lo divenisse per qualsiasi causa. Sembra però che nel fatto le donne abbandonassero il marito senza motivo. Ciò si desume da alcune formole di riconciliazione e di giuramento, nelle quali una donna che aveva abbandonato il marito presa da pentimento, tornava a lui e giurava di non più partirsene. — La donna divorziata per mutuo consenso o ripudiata per colpa sua non era però (secondo il diritto longobardo) sciolta dal mundio del marito, perchè il mundio era proprietà di lui e perchè nessuna donna poteva essere amundia, cioè senza la protezione di alcuno: quindi se intendeva passare a nuove nozze doveva il nuovo marito comprare il mundio di essa dal precedente (contro Glasson). Le cose si passavano diversamente se il ripudio avveniva senza colpa o se la moglie per le cause stabilite dalla legge abbandonava il marito. In questi due casi il marito doveva provvedere all'esistenza della donna, anzi nella legge dei Borgognoni trovasi una disposizione introdotta per

753, dice « hoc ecclesia non recipit »; ciò non ostante la Chiesa non sottoponevasi al diritto ecclesiastico e manteneva l'uso germanico.

l'influenza della Chiesa che il marito le dovesse lasciare la casa e tutti i suoi beni. Nei divorzi causati per infedeltà o altra colpa gli interessi pecuniari si regolavano come se il matrimonio fosse sciolto per morte, salvo l'applicazione di pene contro lo sposo colpevole e la perdita di tutte le liberalità.

Questo valeva solo pei liberi. Invece i dipendenti non potevano divorziare o vendere le loro mogli (come dicono le antiche leggi) senza il permesso del padrone; ma le unioni dei servi erano sciolte non solo pel volere del padrone, ma anche se un coniuge era venduto o manomesso separatamente dall'altro.

La Chiesa era contraria al divorzio. Secondo i precetti evangelici il matrimonio non poteva essere sciolto che da Dio, e un coniuge durante la vita dell'altro non poteva passare ad altre nozze. Questo principio che aveva per sè la tradizione cristiana, sebbene non sia stato da tutti i padri della Chiesa (S. Agostino) interpretato nello stesso senso (Moy, Loening, Scaduto) ebbe molte difficoltà a entrare nella pratica causa le resistenze del diritto romano e germanico. Il diritto imperiale romano non soppresse nemmeno il divorzio per mutuo consenso. I Germani resistettero, ma poi finirono per accettare il principio dell'indissolubilità. I concilii dal v sec. in poi combatterono coll'esclusione dalla comunità dei fedeli, i ripudii senza causa e i divorzi volontari. L'adulterio della donna lo riguardarono ancora come causa di ripudio; la lebbra solo se il marito assentiva. I penitenziali anglo-sassoni e franchi ammettevano ancora alcune cause di divorzio, ma introdussero il principio che l'uomo doveva aspettare parecchi anni pria di passare a nuove nozze con consenso del vescovo, e la donna doveva restarsene nubile anche se ripudiata a torto. L'impotenza, la cattività e il mutuo consenso erano da essi ancora riguardati come motivi di divorzio: però il mutuo consenso era limitato al caso che i due coniugi volessero vivere in castità per servire a Dio (Freisen). All'VIII sec. era dottrina comune nella Chiesa che finchè un coniuge era in vita, l'altro non potesse passare a nuovi imenei. Però è verosimile che queste prescrizioni non avessero pratica esecuzione. In Italia due Concilii, uno del Friuli, 796, e un altro di Roma, 826, dimostrano che al sec. IX si usava ancora divorziare e che l'adulterio (*fornicatio*, Concilio rom., 826) legittimava non solo il ripudio ma altre nozze. La lotta fra la pratica germanica e il divieto della Chiesa durò ancora e riescì ad una specie di transazione; perchè le cause che portavano al divorzio secondo le leggi civili, furono tramutate in motivi per separazione personale temporanea o perpetua, nel caso di minaccie, maltrattamenti, malattie, adulterio, diserzione dal letto maritale, apostasia. Questa separazione soltanto valeva *quoad thorum et habitationem* e non *quoad*

foedus et vinculum. La collezione di Graziano che regolò il matrimonio fino al Concilio di Trento non ammise come principio assoluto che l'indissolubilità, e ammise il divorzio solo nel caso che un coniuge si convertisse al cristianesimo, l'altro nolente, e in quello di *matrimonium non consumatum* o contratto sotto violenza, inganno, errore e quando vi fosse violenza.

Il Concilio di Trento poi minacciò l'anatema contro chi affermasse potersi divorziare almeno nel caso di adulterio; distinse però il matrimonio consumato da quello che non l'è. Per quest'ultimo ammise lo scioglimento a richiesta di uno dei coniugi; pel consumato stabilì non potersi rompere che per entrare in un monastero rinunziando alla vita civile. I suoi canoni su questa materia valsero come legge civile nei paesi cattolici; mentre sotto l'influenza della Riforma nell'Europa settentrionale si ristabiliva il divorzio non solo per causa di adulterio, ma per altri motivi che possono essere determinati dalle leggi civili.

Il principio dell'indissolubilità in Italia è arrivato fino ai giorni nostri, salvo una breve interruzione dal 1795 al 1815 — cioè quando le leggi francesi importate da noi soppressero la separazione di corpo e vi sostituirono il divorzio per mutuo consenso e per incompatibilità di carattere, invocato anche da un coniuge solo (che poi fu abolito in Francia nel 1816). I Codici passati sancivano soltanto la separazione personale di letto e di mensa (salvo i Codici austr. che la vietavano). Il Codice albertino accolse pei cattolici lo scioglimento secondo le leggi della Chiesa, per gli Ebrei e Acattolici ammise l'osservanza del loro diritto matrimoniale anche in quanto riferivasi allo scioglimento. Il nostro Codice è stato più rigido del sardo, sopprimendo quei pochi modi di scioglimento che erano ancora permessi dal Concilio di Trento.

CAPO XVI.

RAPPORTI PERSONALI FRA CONIUGI.

189 (Mundio maritale (*)). Nel concetto germanico il matrimonio fondava una comunione di diritti, un'unità di voleri e di

(*) **Bibliografia.** — Oltre le opere cit. a § 139: v. Fumagalli, *Antich. longob.-milan.*, I, diss. 7; Kraut, *Die Vormundschaft nach. d. Grundsätze d. deut. R.*, 3 vol., 1835-1859; Rive, *Gesch. d. deuts. Vormundschaft*, 2 vol., 1862-1875; Schupfer, *La famiglia presso i Longob. Arch. giur.*, I, 139 segg.; Schroeder, *Gesch. d. ehel. Guterrechts in Deutschl.*, 1863, I, 1-22; Bluhme, *Muntschaft nach Longob. R. Zeits. f. R. G.*, XI; Gaudenzi, *Le vicende del mundio nei territorii longob. dell'Italia meridionale. Archivio stor. per le prov. napolet.*, an. XIII, fasc. I, 1888; Heusler, I, § 22-32.

intendimenti, la quale si raggiungeva mercè l'eguaglianza del marito e della donna, concedendo però al primo un'influenza predominante nella direzione ed amministrazione della famiglia. La donna era la compagna dell'uomo, partecipava del suo onore e del suo stato, della sua legge e del suo lavoro; ma poichè essa per la debilità del sesso abbisogna di appoggio, così egli la rappresentava nelle prove giudiziarie e davanti ai tribunali, aveva il diritto e il dovere di difenderla e in conseguenza ancora di esercitare su essa quell'autorità che dicesi mundio o più propriamente mundio maritale. Per questo suo dovere di rappresentarla egli era il *caput mulieris*, il signore e il capo della casa. Di fronte a lui poi la donna prendeva la sua posizione indipendente per quanto ristretta come moglie e madre; con lei il marito deliberava sulle cose domestiche, e da lei era rappresentato quando da malattia o per assenza era impedito.

Tutti i rapporti giuridici derivanti dal matrimonio si connettono ai diritti che sono proprii del mundio. L'idea fondamentale di esso era che il marito riceveva dal padre della moglie tutti i diritti propri a quest'ultimo e che egli poteva esercitare una protezione armata, come faceva sugli altri membri della sua famiglia e assieme a questa protezione tutti i doveri e diritti dell'autorità domestica (*potestas*). Era il *defensor*, il *tutor* della moglie; la rappresentava nei giudizi e fuori; riscuoteva il guidrigildo e le composizioni che a lei competevano (e per diritto longob. anche nel caso che il marito non avesse il mundio su lei, ossia anche nel caso di matrimonio imperfetto: *Liut.* 139). Se la donna agiva contro il marito stesso, allora era dovere dei parenti suoi rappresentarla anche nelle prove e difenderla se la ritenevano accusata a torto. La moglie non poteva senza l'assenso del marito far alcun negozio, vendere o donare.

Il diritto longobardo era anche più esigente: poichè se il marito assentiva, voleva l'intervento di un parente di lei per provare che non vi era coazione da parte del marito. Le stesse leggi parlano anche di un'*honesta disciplina* che poteva esercitare sulla donna il marito, senza però debilitarla od offenderla. Nel solo caso di adulterio flagrante poteva ucciderla assieme all'adultero, e se essa insidiasse ai giorni di lui. In questi casi tutti i beni della moglie andavano al marito. Ma se senza motivo il marito abusava de'suoi poteri (*male tractare*) perdeva il mundio sulla donna; e se l'avesse uccisa, era severamente punito. Le disposizioni longobarde meno favorevoli alla moglie in confronto delle franche (§ 204) dipendono anche dalle abitudini rudi e militari di questo popolo.

Di tutto ciò che era acquisito alla famiglia durante il matrimonio, il marito ne aveva libera disposizione. Sui beni della

moglie, se non vi eran figli, aveva un diritto intero o parziale; ed erano permesse le donazioni reciproche fra coniugi.

190. Il diritto ecclesiastico raccomandò ai mariti il *debitum conjugale*, ma nello stesso tempo sottopose a penitenze canoniche la donna partoriente, seguendo in ciò le disposizioni ebraiche, e stabilì parecchi periodi di astinenza (40 giorni prima di Natale e Pasqua, le domeniche, il giovedì e sabbato, i tempi della gravidanza, dei mestrui, ecc.). Delle relazioni fra coniugi non trattò che quelle che si riferiscono al *votum continentiae*, che nessuno dei due poteva pronunciare senza l'assenso manifesto dell'altro. Pel resto sancì le massime che la moglie deve seguire il marito in vita e in morte, che nulla può dare senza il consenso del marito, nemmeno l'elemosina, amenochè questa non fosse esigua e la moglie non fosse certa di tal assenso, perchè il marito *est caput mulieris et onus matrimonii sustinet*.

191. Tutta la legislazione statutaria e la posteriore riprodussero questo concetto che il marito è il tutore della moglie, che la donna anche maritata è sempre minorenne: concetto che fu pure accolto nelle legislazioni moderne italiane (v. § 139) coll'istituto dell'autorizzazione maritale. Furono queste più giuste e riguardose verso la moglie di quanto non era stato il Codice francese, dove la donna trovasi esposta senza difesa alle pressioni e agli abusi di autorità del marito, il cui consenso basta a consolidare qualunque obbligazione assunta da essa verso terzi e a favore del marito stesso e a stipulare anche con lui contratti a titolo oneroso. Il Cod. parmense fu il primo a combinare il principio francese dell'autorità maritale col romano della tutela nell'interesse personale della moglie, e introdusse la massima dell'incapacità del marito ad autorizzare la moglie in quegli atti in cui potesse essere opposizione fra i suoi interessi e quelli della moglie deferendo al magistrato dare la necessaria autorizzazione. Il Cod. sardo adottò il principio della subordinazione della moglie al marito (ignoto alle antiche Costituzioni): e pel resto si attenne al sistema parmense, che fu preso a modello anche dall'estense: e a questo sistema ispirossi anche il Codice italiano.

192 (Alimenti (*)). Le leggi germaniche fanno espresso obbligo al marito di provvedere ai bisogni della moglie, e dànno facoltà a questa, nel caso che la faccia languire, di tornarsene ai suoi o di porsi sotto il mundio regio (Roth. 182): pel che la donna si riteneva le sostanze avute dal marito, e questi perdeva il diritto di succedere a lei. Una legge beneventana dell'VIII sec. disponeva

(*) **Bibliografia.** — Ciccaglione, *La teoria degli alimenti* nell'***Enciclopedia giurid.*** v. *Alimenti*, 1888.

che se il marito non avendo di che comporre un reato cadeva in schiavitù, il padrone doveva accordargli due giorni per settimana perchè avesse potuto procurare al sostentamento della moglie. Molti Statuti sancirono espressamente l'obbligo agli alimenti dell'uno e dell'altro coniuge; specialmente pel caso di separazione della moglie causata dai maltrattamenti del marito: e provvidero anche per gli alimenti della vedova nell'anno del lutto a carico degli eredi. Pel diritto siculo il diritto della moglie agli alimenti era conseguenza del regime della comunione. L'obbligo poi della moglie risulta dalle disposizioni che davano al marito il diritto di far suoi i frutti della dote e dei beni parafernali e che accordavano al marito una parte della dote, se la moglie moriva senza eredi. I Codici italiani di questo secolo hanno in massima riprodotto le disposizioni del Codice francese.

193. Il mundio sulla moglie si perdeva per cause determinate dalla legge; quando il marito vendeva la donna indegna di convivere con lui (Roth. 202, Liut. 121); quando la ripudiava per capriccio: quando teneva concubina in casa, quando non l'alimentava o la voleva spingere a prostituirsi. La morte non scioglieva il mundio, nè gli effetti ad esso proprii perchè rappresentando il mundio un valore economico, un acquisto pagato, passava agli eredi del marito, ai suoi agnati, al figlio stesso prima, poi ai suoi fratelli e zii. La vedova stava nel mundio del figlio suo anche se era appena nato, di suo figliastro, dei suoi cognati. Essa però aveva la scelta fra gli agnati dello stesso grado (1). Ma il marito essendo padrone del mundio, ne poteva disporre come degli altri suoi beni, rinunziarvi in favore di altro uomo, facendo tradizione di esso mundio, il che compivasi facendo tradizione della donna stessa: e siccome questa tradizione nei paesi longobardi (specialmente dell'Italia meridionale) facevasi al terzo *per cartam* ossia per mezzo di istrumento che attestava come il marito se ne fosse spogliato, e siccome erano in molto uso le carte colla clausola al portatore, qualora la tradizione fosse in tal modo fatta al portatore e la carta restasse nelle mani della vedova, questa poteva scegliere chi voleva a mundualdo (Gaudenzi). Il marito poi se aveva a temere dai suoi agnati, poteva affidare il mundio della moglie a un chiostro. I mundualdi perdevano ogni diritto su lei per rifiuto a mantenerla secondo il suo stato, per seduzione, per mali trattamenti, per violenze onde sposarla contro sua voglia, a persone di età o grado diverso, per falsa accusa; come pure se non la correggevano per la mala condotta o se la volevano con

(1) Bluhme, 384; Pertile, III, 203; Muratori, II, 113; Kohler, *Urkunden*, I, 14.

troppa fretta monacare. Se poi voleva passare a seconde nozze, allora lo sposo doveva ricomprare dagli eredi il mundio di lei.

Questi concetti erano ancora in vigore nel sec. XIV e vieppiù durarono nell'Italia meridionale. Secondo poi il diritto canonico l'autorità maritale perdevasi per la morte e per la separazione: grazie all'influenza del diritto romano, poi alla vedova fu riconosciuta indipendenza e diritto di esercitare la tutela sui figli. Però alcuni concetti germanici erano sopravvissuti: e le antiche disposizioni germaniche che volevano l'intervento dei parenti agli atti della vedova, avevano dato origine al consiglio di famiglia, allo intervento dei magistrati, alle dispense regie, ecc., insomma a istituti che passarono anche nella nostra legislazione almeno parzialmente, e combinati col diritto romano.

CAPO XVII.

RAPPORTI PATRIMONIALI FRA CONIUGI (*).

194. I rapporti patrimoniali fra coniugi presso i Germani stavano in istretta connessione coi modi di formazione del matrimonio e col diritto di proprietà e di successione. Abbiamo visto (§ 173) che l'uomo doveva per fare un matrimonio perfetto acquistare il mundio sulla donna dal padre o dai parenti di essi che vi rinunziavano (*mundium facere*). Tale acquisto si aveva, al tempo di Rotari, pagando loro una somma (*meta, mephium*) che andava a benefizio del mundualdo e che questi divideva con quelli agnati che avevano un egual diritto sul mundio. La *meta* pagavasi per avere il mundio: onde i nomi di *pretium, mundium* e *meta* nelle leggi long. indicano la stessa cosa (certamente dopo Liutp.) sebbene la *meta* comprendesse qualche altra cosa oltre il prezzo del mundio (Bluhme). Poi questo prezzo subì le trasformazioni che avvennero nel matrimonio per compera della donna (v. § 172). Si continuò nell'atto degli sponsali a fingere una vendita della donna, ma invece del prezzo reale il padre o il mundualdo ricevettero soltanto un prezzo simbolico, un'arra o un launegildo (Val de Lievre): e il prezzo

(*) **Bibliografia**. — Schroeder, *De dote secundum leg. germ.*, 1861; *Gesch. d. ehel. Guterrechts*, I, 1863. *Zeits. f. R. G.*, X, 426-450; Rive, *De dote in antiquis Germ. leg.*, 1850. *Gesch. d. Vormund.*, I, 265 segg.; II, 1, 131 segg.; II, 2, 116; Kraut, II, 331-586; Ginoulhiac, *Hist. du régime dotal et de la communauté en France*; Salvandy, *Essai sur l'hist. et la législat. particulière des gains de survie entre époux*, 1857; Boissonade, *Hist. du droit de l'époux survivant*, 1874; Olivecrona, *Précis hist. de l'origine et du dévelop. de la comunauté. Rev. hist. du droit*, 1865; Todaro, *I diritti del coniuge superstite*, I e II, 1888; Pertile, § 110-112; Lamantia, I, 156.

reale (la *meta* dei Longob., la *dos* dei Franchi e di Tacito, il *dotalitium* delle carte) fu dallo sposo assegnato o pagato alla sposa come un dono maritale incondizionato (*sponsaricium*): e in tale evoluzione perdè il suo carattere originario di prezzo del mundio per divenire assegno nel caso di vedovanza.

Come poi il detto prezzo era fissato dalle Leggi, così anche per questo assegno, ispirandosi al divieto romano delle donazioni fra coniugi, fu stabilito il massimo secondo gli ordini sociali (300 e 400 soldi) e permesso alle parti di fissare in meno come volevano. L' atto degli sponsali venne poi in tal modo a comprendere due negozii giuridici, l' uno detto *mundium facere* e riguardava la cessione del mundio mercè un prezzo simbolico; il secondo *metam facere* e consisteva nell'assegno del vedovile alla sposa, assegno da consegnarsi il giorno delle nozze.

Da ciò risulta: 1° che presso i Germani non era la donna che portava una dote al marito, ma questi a quella, in opposizione quindi al diritto romano; 2° che questa *dos* non è che il prezzo della donna, il quale per indebolimento della potestà tutoria e per l'affermarsi della personalità della donna, era dato ad essa, cessando la donna di essere oggetto di mercato. Non fu estranea la Chiesa a queste trasformazioni che dovevano tendere nel suo concetto a ripristinare il regime dotale romano, e ad assicurare alla moglie un reddito che le restasse anche dopo la morte del marito, e di cui questi non la potesse capricciosamente spogliare (1). Il pagamento di questa dote era pel diritto germanico e poi per la Chiesa essenziale (v. pag. 328) per avere un matrimonio col mundio. Se il marito non la pagava, non otteneva il mundio dal padre della fanciulla, non acquistava l'autorità maritale sulla moglie e la paterna sui figli che erano *liberi naturales* e seguivano la madre e il mundualdo di essa. Era un matrimonio imperfetto che si poteva regolarizzare col detto pagamento-matrimonio, e che si avvicinava al concubinato; e che quindi era inviso alla Chiesa che lo combattè; come avversò il matrimonio per ratto. Onde le disposizioni canoniche del VIII e IX sec., riprodotte da Graziano che ogni fanciulla debba essere dotata dal marito, che nessun coniugio possa farsi *sine dote*. I poveri dovevan pure pagare alla moglie una somma simbolica, e ciò riesciva agli stessi effetti giuridici come una dote reale.

Oltre la *meta* la donna riceveva dal marito un altro dono *morgengab* (2) o dono del mattino (*donatio nuptialis*), che le ve-

---

(1) Summer Mayne, *Etudes sur l'hist. des Instit. primitives*, 415.

(2) Sul morgengab v. le dissertazioni di Grundlingio, di Gengler, 1843, di Jordan; e Schroeder, *Gesch.*, I, 84-112, 154.

niva presentato solennemente, per mezzo di atto scritto, il giorno dopo le nozze, in quella misura che l'affetto, il costume, la ricchezza consigliavano. Generalmente dicesi che rappresentasse il prezzo della verginità: ma invece lo si vede dato anche alle vedove. In principio non consisteva che in oggetti: poi anche in denaro nel qual caso aveva carattere di assegno vedovile; il che deriva dalla natura che ebbe negli antichi tempi quando il prezzo essendo pagato al padre, il marito soleva fare qualche largizione alla moglie per provvedere al suo avvenire. Esso si mantenne anche quando la donna ricevette la sua dote; e stava a indicare la consumazione delle nozze e il gradimento del marito. Aveva grande importanza nei matrimonii senza mundio, nei quali teneva veramente il posto di assegno vedovile, e trovasi anche nelle unioni illegittime di concubinato, ed è dalla sua presenza quasi necessaria che trassero nome le unioni morganatiche. Anticamente nessuna legge ne determinava la misura, ma poi i legislatori dovettero fissarla, provvedendo anche ad assegnare per legge una quota di vedovile se il marito non l'avesse fatto. Liutprando stabilì che non potesse superare il quarto dei beni maritali presenti e futuri, col divieto espresso di fare ulteriori donazioni che sarebbero irrite (presso i Franchi fu la terza parte). Intanto avvenne che questo dono invece di essere fatto il giorno seguente alle nozze, lo fu il dì degli sponsali, assieme alla *meta*, così che anche se idealmente separate, le due donazioni finirono per confondersi in un unico documento e materialmente in un'unica donazione (tanto più che eguale era lo scopo di entrambe, eguale l'amministrazione, ecc.): e come l'una era obbligatoria pel matrimonio col mundio lo divenne anche l'altra, il *morgengab;* e come la *meta* era fissata per legge e pei ricchi doveva rappresentare il meno e il dono mattinale essere la parte maggiore dell'assegno, così il *morgengab* o *quarta* assorbì la *meta* e la parola *quarta* (o tercia) prese il posto dei nomi di *meta* e di *morgengab*. Nel Beneventano invece del quarto, fu un ottavo la quota che il marito poteva disporre per la donna: onde *meta* e dono mattinale, presi assieme si dissero *octava* (1): nell'Italia meridionale si disse *terciaria* (*Const. sic.*, III, 13) la stessa quota sui beni feudali. - Lo scopo di questi assegni essendo di provvedere alla vedovanza, così *meta*, *quarta*, *tercia* furono anche chiamate nelle fonti coi nomi di *vidualitium*, *dotalitium*, *doarium* (2).

---

(1) Val de Lievre, *Launegild u. Wadia*, 244 segg.

(2) Eckhardt, *Das Withum oder das Dotalitium u. Vidualitium in ihrer hist. Entw. Zeits. f. deut. R.*, 1846, X, 473 segg.; Dupuis, *Droits accordés à la femme veuve dans l'anc. dr.*, 1887; Rimasson, *Essai sur la législ. du douaire dans le dr. germ. Revue de législ. ancienne et mod.*, I, 157, 272; Todaro, *op. cit.*, I.

Dalla sua famiglia la donna riceveva il giorno della *traditio* oggetti, corredi o anche una sostanza: il che dicevasi il *phaderfium*, parola che ricorda come questi doni anticamente consistessero in animali. Liutprando favorì molto quest'assegno che ricordava la dote romana: e lasciò al padre mano libera di fare quello che voleva: ma per diritto longobardo la donna che avesse ricevuto il faderfio, nulla poteva più pretendere nell' eredità paterna (per altri diritti sì). Infine solevasi dai parenti ed amici fare doni (*exenia*) alla nuova sposa.

195. Se cogli sponsali la moglie acquistava un diritto sulla dote, colla *traditio* ne otteneva la proprietà. Ma poichè collo stesso atto tutti i beni e diritti della moglie venivano in amministrazione al marito, così egli era anche l'amministratore della *meta*, del *morgengab* e della *quarta*. Anche il faderfio e gli *exenia* erano composseduti e amministrati da lui, con diritto di usufrutto (1): egli aveva anche diritto di vendere le cose mobili ma solo negli urgenti bisogni: le altre sostanze non poteva toccare, vendere o donare, senza il consenso della moglie e dei parenti di lei (Liutp. 22). Anzi per lo più nelle vendite o donazioni delle sostanze che sono della moglie, è questa che figura come parte attiva e il marito interviene solo per assentire (Rosin). Così ancora pel diritto ideale di comproprietà spettante alla donna sulla quarta parte del patrimonio maritale, volevasi dal diritto longobardo l'assenso di essa nella vendita di quel patrimonio (Schroeder).

Sciolto il matrimonio per morte del marito, si scioglieva anche la comunità dei beni fino allora esistente fra coniugi: la vedova riprendeva la proprietà di quello che aveva portato o che era venuto durante il matrimonio, della dote e del morgengab. Tutto ciò era una proprietà che le restava anche passando a nuove nozze (eccetto in diritto franco in cui della dote la proprietà era dei figli e l'usufrutto della vedova: e se non vi erano figli, un terzo e poi dopo re Chilperico una metà toccava agli eredi del marito e il resto alla vedova) e che poteva lasciare a suoi parenti. Lo stesso avveniva della *quarta*. Questi diritti ereditarii della moglie sulle sostanze ad essa assegnate al principio del matrimonio non impedivano che il marito potesse (secondo alcune leggi, non secondo la longob.), farle altre donazioni *mortis causa* qualora non esistesse prole (2). Il diritto longob. invece non permetteva alla moglie che l'usufrutto di tutta la sostanza se non vi erano figli, della metà in caso contrario, del terzo se vi erano figli di altro letto. Un vero diritto ereditario fra coniugi conobbero soltanto i Visigoti che accolsero i principii romani della *bonorum possessio unde vir et uxor*. Tutte le altre leggi non conobbero un diritto della vedova sulla sostanza del marito. Tal diritto fu introdotto per opera dei testamenti romani che poco a poco si facevano strada e che con alcuni mutamenti i Longobardi, i Franchi e gli Anglosassoni accolsero (v. § 250).

---

(1) Jäger, *Entstehungsgesch. d. ehemannliches Niessbrauches*, 1872.
(2) Beseler, *Erbverträge*, I, 84 segg.; Ginoulhiac, 232 segg.

In quanto agli acquisti e agli aumenti del patrimonio fatti durante il matrimonio sui beni di entrambi, la maggior parte delle leggi germaniche disponeva che spettassero al marito; ma alcune (franche e visigote) vollero che la moglie su essi potesse pretendere, in caso di morte del marito, a una quota (un terzo, detto *tertia collaborationis*) qualora non le fosse stato assegnato quale morgengab e dote un terzo della sostanza; la qual quota serviva come vitalizio se aveva figli, e le restava in proprietà se non ne aveva (1). Questa disposizione e altri principii appena accennati in queste leggi hanno fatto supporre l'esistenza di un sistema di comunione di beni fra coniugi (2).

Se la moglie premoriva, il marito come il vero mundualdo era (in dir. long.) l'erede di tutta la sostanza della moglie, del faderfio, dei doni da lui fattile ed escludeva non solo i parenti di essa ma i figli. Però altre leggi fanno partecipare all'eredità i figli e i parenti di essa; oppure (dir. franco) al padre lasciano solo l'usufrutto della dote fino alla maggior età dei figli; e mancando figli, 2|3 della dote e tutto il morgengab assegnavano in proprietà ai parenti di essa e l'altro terzo al marito: e questo escludevano dal corredo che toccava tutto ai figli con preferenza anzi della figlia, e in loro mancanza ai parenti della donna, salvo due letti, due sedie, due casse che dovevano andare al marito.

196. Dopo il 1000 le antiche consuetudini germaniche in materia di dote si andarono alterando, ma nei principii sostanziali erano ancora in vigore. La dote continuava ad essere assegnata dal marito coi nomi di *quarta*, *octava*, *dotarium*, *vidualitium*: il padre, fedele all'idea germanica di mantenere unito il patrimonio famigliare, non dava che pochi oggetti di corredo, vesti, utensili, ecc. Ma le popolazioni romane che avevano mantenuta la dote romana colle distinzioni di profettizia ed avventizia e le conseguenze che ne derivavano, la Chiesa seguace delle tradizioni romane, e il risorgere del diritto giustinianeo produssero un mutamento che non riescì al trionfo completo del regime dotale se non in un'epoca abbastanza tarda, perchè nel periodo statutario generalmente molte delle istituzioni germaniche si mantennero accanto alle romane risorte. Furono anche il nascere della ricchezza, lo svilupparsi del commercio, il diffondersi di idee in favore dell'eguaglianza dei sessi, che obbligarono i genitori a costituire un assegno dotale alla sposa — il quale poi mise in seconda linea l'assegno vedovile o dotario che le stabiliva il marito — assegno dotale che essa portava per sostenere i pesi del matrimonio ma in una misura assai limitata dalle leggi statutarie che intente

---

(1) Held, *Die eheliche Errungenschaft nach den Volks. u. Rechtsbüchern des mittelalters*, 1839.

(2) Pel d. long. v. Rosin (cit. pag. 53), p. 79, 82: pel dir. franco v. Sohm, *Mon. Germ. Leges*, V, 233.

sempre a conservare le ricchezze nella famiglia ridussero ai minimi termini tanto l'ammontare della dote quanto il costo del corredo. E ispirate a un gretto protezionismo di campanile e paurose che i beni del Comune fossero posseduti da forestieri, vietarono di dotarle con immobili; introdussero altre limitazioni che avevano per risultato di autorizzare le famiglie a dare alle donne un simulacro di dote, spogliandole di ogni diritto sull'asse paterno perchè le leggi dicevano che la donna purchè dotata e comunque lo fosse stata, doveva starsene contenta e nulla più pretendere nella successione paterna.

Disposizioni di simil genere prevalsero in Italia fino al s. XVIII, in alcune provincie, e parve quasi innovazione singolare quella delle Costituzioni estensi del 1771 che disponeva la dote dover essere congrua, cioè corrispondente alla qualità della dotanda e dello sposo, alle forze del patrimonio degli obbligati a dotare e all'uso e alla pratica della famiglia o del luogo; le figlie indipendentemente da patto, dover ricevere per dote una somma non minore della metà della legittima se costituita dal padre, di 2|3 se dai fratelli, ad arbitrio del giudice, ma entro la legittima, se altri agnati la debbano costituire. Una volta dotate in queste misure non avevan diritto al residuo della legittima se non nel caso in cui l'eredità paterna fosse devoluta a un estraneo o a un agnato non compreso nell'ordine e nel grado capace di escluderla.

Nelle varie regioni d'Italia i rapporti patrimoniali dei coniugi furono regolati in modo diverso e con istituti di origine germanica o romana. La costituzione della dote non era eguale a quella romana, ma si risentì dei concetti famigliari germanici, non solo per le limitazioni ad essa poste, ma anche perchè non passava in proprietà del marito e perchè poteva alienarsi in caso di bisogno, e nei primi tempi non consisteva che in oggetti di corredo e in mobili. « Non faceva nascendo ancor paura - La figlia al padre, che il tempo e la dote Non fuggian quinci e quindi la misura » (Dante). Nel sec. XIV, a Modena, la dote non doveva oltrepassare 40 lire modenesi circa 1000 delle attuali (Campori). La cresciuta ricchezza la fece aumentare, e al XV era fissata in somme considerevoli. Nell'Italia meridionale si mantennero tenaci le istituzioni romane della dote, e in generale le stesse norme, salvo alcune non piccole novità proprie delle singole città, e sancite dalle consuetudini locali (1). Così a Gaeta la dote aveva un limite (75 oncie); a Benevento, non poteva essere minore della legittima; a Bari, oltre la dote, doveva il padre dare alla figlia il corredo della moglie (*prichio;* a Gaeta *pasto*).

In Sicilia i matrimoni a regime dotale erano usati dai ricchi e dai nobili e dicevansi alla *greca* o *grecaria*. A Napoli nei contratti dotali

(1) Ciccaglione, *Le leggi e le più note consuetudini che regolarono i patti nuziali nelle prov. napolit.*, 1881.

usavasi inserire la cosidetta cautela di Maranta, ossia una rinunzia da parte della dotata ad ogni futura eredità intestata per sè e i figli.

In generale le donazioni tra coniugi erano vietate. In alcuni luoghi la moglie non aveva diritto di proprietà sui gioielli e nemmeno sull'assetto nuziale, che si riguardavano come a lei prestati. Nel Friuli (sec. XIV) erano permesse certe donazioni che il marito faceva alla moglie quando discendeva dalla cavalcatura davanti alla casa maritale (dismontaduris, dissalaturis, discensuris, honoranzis) (1). Però quelle istituzioni in favore della vedova che erano proprie del diritto germanico, si mantennero, sebbene trasformate, anche negli Statuti. Continuossi a praticare la *quarta* long. (*tertia* franca) coi nomi di antefato, incontro, contradote e nel Napoletano di sponsalitiae, basatura, basiatico, in Sicilia con quello di dotario, nel Friuli coll'antico di morgengabium, che col tempo aveva assunto il carattere di *contrapactum*, nei paesi greci, ipobolo. A Napoli propriamente l'antifato se era costituito in beni feudali dicevasi dotario, dotalizio; se su allodiali tertiaria o quarta (diversa però dalla *quarta uxoria* che alla vedova povera si prestava dai beni del defunto marito).

L'antefato era un aumento di dote che il marito faceva alla moglie pria del matrimonio. Pria non fu stabilito il limite di esso ma poi fu disposto non potesse superare 1|3 (secondo l'antico uso dei magnati napoletani), la metà (giusta il patto di Nido e Capuano introdotto tra i nobili di Napoli nel sec. XIV), della dote (1|4 in Sardegna). Alcune leggi conoscono anche un antefato legale, ma assai ristretto: così a Milano e ad Amalfi dove anche tardi si seguiva la disposizione di Liutpr. sulla *quarta* interpretandola nel senso che 1|4 della sostanza maritale dovesse ritenersi sempre assegnato alla moglie. Se il marito premoriva, la moglie non aveva che l'usufrutto dell'antefato, vi fossero o no figli (eccetto a Napoli).

Di altre donazioni trovasi menzione negli statuti. In Aversa il marito presentava alla moglie doni (*iocalia*) che doveva restituire dopo la nascita del primo figlio: così pure ad Andria. Fra la nobiltà era venuto l'uso di costituire alla moglie un annuo vitalizio per lacci e spille (spillatico; limitato a Napoli nel 1617).

Il *dotario* fu pure un assegno fatto dal marito alla moglie al principio del matrimonio per servire in caso di vedovanza. Derivò da una combinazione della *dos* germanica e del morgengab. Ebbe gran vigore in Sicilia, in Aosta, Nizza e specialmente nei paesi francesi di diritto consuetudinario. In Sicilia lo trapiantarono i Normanni e si aggiunse al sistema dotale, e fu specie usato nei matrimonii contratti alla *greca* o *grecaria*, che sostituirono poi i matrimonii colla comunione. Era anche detto *verginità*, il qual nome ricorda il morgengab. In principio non fu tanto un lucro di sopravvivenza quanto un dono che la moglie godeva durante il matrimonio (2). L'influenza bizantina voleva che fosse pro-

---

(1) A. di Prampero, *Dismontaduris e morgengabium. Docum. friulani dal 1242-1384* Udine, 1884.

(2) Starabba, *Sul dotario delle regine Siciliane. Arch. st. sicil.*, II; *Di alcuni contratti di matrim. stipul. in Palermo nel 1293-99. Id.*, VIII.

porzionato alla dote. Solo le Consuetudini catanesi e di Aosta conoscono un dotario legale, obbligatorio se la moglie portava dote, facoltativo in caso contrario. La proprietà della moglie sul dotario durante il matrimonio non si manifestava, tutto restando nell'amministrazione e usufrutto del marito. Nei matrimonii alla *greca* la moglie ne aveva la proprietà solo nel caso che il marito non lasciasse figli. Il Codice delle Due Sicilie del 1819 non fece più menzione del dotario: come non ne fanno i Codici italiani di questo secolo. Vietate le donazioni reciproche fra i coniugi, non si abolirono quelle fatte prima delle nozze. Il dotario legale fu soppresso ma non fu vietato l'assegnare nei contratti matrimoniali lucri di sopravvivenza per la moglie.

La dote si restituiva alla moglie dagli eredi del marito se questi premoriva, assieme al corredo (*arnesium*). Se la moglie premoriva, il marito restituiva la dote agli eredi di lei (salvo una *quarta* sulla *pecunia dotalis*, secondo le Consuetudini sicule; tale *quarta* è di origine bizantina). Se la dote non esisteva più non si potevano gli interessati rivalere sugli immobili del marito, ma solo sui mobili. Nel diritto siculo il marito lucrava il letto nuziale e i lini annessivi (consuetudine derivante dal diritto franco); la vedova aveva diritto a una quota sull'eredità maritale che ricorda la *tertia collaborationis* dei Franchi. Sull'antefato la vedova non lucrava che l'usufrutto se vi eran figli: del morgengab aveva libera disponibilità fra vivi e per testamento se le era stato consegnato: ma se promesso, solo l'usufrutto in caso di sopravvivenza; il che si faceva anche pel dotario.

Dote, dotario, antefato erano amministrati dal marito. La moglie però poteva, in caso di bisogno, disporre di tutto (salvo il letto; Amalfi) se non vi eran figli, ma sempre coll'assenso del marito, dei parenti e dei vicini: se figli vi erano, solo di una parte che variava da 1|10 a 1|2.

197 (La comunione dei beni (*)). Una forma di regime patrimoniale fra i coniugi che ebbe vita nel medio evo, specie in Sicilia, fu quella della comunità dei beni fra marito e moglie. Esso non è che lo sviluppo, la trasformazione di usi germanici (*tertia collaborationis* dei Franchi), avvenuta sotto l'azione della Chiesa che considerava i coniugi come *duo in carne una*. Si praticarono tre specie di comunione: 1° degli acquisti; 2° degli acquisti e mobili; 3° la comunione universale. La prima comprendeva solo ciò che veniva acquistato dai coniugi durante il matrimonio col proprio lavoro e i frutti di quanto era proprietà

(*) **Bibliografia.** — Oltre le opere di Schroeder, Olivecrona, Sandhaas, Czyhlarz, Ginoulhiac, Todaro, v. Dubois, *Orig. de la communauté. Revue de législat.* di Wolowski, XXXVI; Mittermaier, *Zeits. f. gesch. R.W.*, II; Roth, *Jahrb. f. gesam. deut. R.*, III, 1859; Pertile, § 112; Lamantia, I, pag 156; Brünneck, Viollet; Hureaux, *Étude hist. sur la séparation des patrim. Revue de dr. franc. et étrang.*, XIII; Passy, *Origines de la com.*, 1857.

rispettiva dei coniugi. Essendo difficile distinguere i mobili apportati dagli acquisiti si introdusse presto la seconda forma di comunione che comprendeva gli acquisti e i mobili. Ma cresciuta la ricchezza mobiliare, parve squilibrio e privilegio ingiusto che chi aveva immobili non li dovesse recare nella comunione: donde la terza forma di comunione dei mobili e degli immobili. La 1ª fu usata in Sardegna (matr. all'uso sardo) e in Piemonte; la 2ª in Francia; la 3ª in Sicilia e in alcuni paesi dell'Italia meridionale.

La comunione universale era propria dei Normanni (nordica in genere) e incontrasi nei diritti nordici, scandinavi, nel danese del Seeland e Schönen della prima metà del XII secolo (Brünneck). Furono i Normanni che l'introdussero in Sicilia e le prime traccie trovansi in una novella di re Ruggero II, 1150. L'importarono anche nel napoletano (vedi consuet. di Amalfi e di Sorrento), ma qui non potè molto diffondersi causa la forte persistenza del diritto longobardo.

La comunione dei Normanni comprendeva mobili, immobili, debiti e crediti. Anche i figli vi partecipavano, prendendo dal momento della nascita una quota ideale (1|3) non nella qualità di comproprietarii ma in virtù di un diritto di aspettativa che è caratteristico nell'ordinamento della proprietà germanica. Ai coniugi spettavano le altre quote ideali (2|3). Il marito era il capo della comunità, amministrava tutto e disponeva tra vivi a suo talento dei mobili e dei redditi; per gli immobili richiedevasi il consenso della moglie e qualche volta dei figli. In caso di morte poteva disporre solo del suo terzo. Anche la moglie poteva lasciare il suo terzo, ma nulla alienare senza il consenso del marito. La comunione cominciava col matrimonio: ma in alcuni luoghi solo dopo consumate le nozze, o dopo un anno e un giorno, o anche dopo la nascita del primo figlio. Si scioglieva per morte civile e naturale, per separazione di corpo e di beni. Sciogliendosi per morte, o si facevano di essa due porzioni eguali, una pel coniuge superstite, l'altra per gli eredi del defunto se non vi eran figli: o la vedova aveva diritto di scegliere fra la metà del bene comune o la sua dote (sistema di origine francese). Se vi eran figli, la sostanza comune veniva divisa in tre quote, una pel coniuge superstite e le due restanti si dividevano fra questo e quelli.

Nell'altre parti d'Italia non si incontra che la comunione di uso in favore del marito su tutte le sostanze della moglie, dotali o no, delle quali percepiva i frutti senza essere tenuto a renderne conto. Per conservare i patrimonii nelle famiglie, le leggi presumevano che ogni acquisto fatto dalla moglie durante il matrimonio lo fosse coi denari del marito, e a lui l'assegnavano. È per eccezione che a Venezia trovasi permessa la comunione universale quando la

moglie aveva una sostanza superiore a quella consentita dalla legge: ed anche in questo caso essa aveva lo scopo di impedire la deviazione dei beni dai maschi (Pertile).

Essendo in Italia le tradizioni tutte in favore della dote romana, le disposizioni del Codice francese che stabilivano come regime comune fra i coniugi la regola della comunione dei beni, non furono accolte da noi. Le popolazioni non vi si acconciarono nemmeno per quel breve tempo che furono in vigore. Quindi il silenzio dei Codici austriaco, parmense ed estense sulla comunione. Il Codice delle Due Sicilie forse per omaggio alle tradizioni sicule, permise di convenire la comunione dei beni e la società per gli acquisti; mentre il sardo lo vietò, ammettendo solo la comunione degli utili. In Toscana e in Romagna non conoscevasi che la dote. Anche il nostro Codice non permette agli sposi contrarre altra comunione universale dei beni che quella degli utili, il comune godimento dei beni mobili od immobili; e questa comunione regolò secondo le norme del diritto francese.

CAPO XVIII.

LA POTESTÀ PATERNA (*).

198. Nei rapporti fra genitori e figli sono da distinguersi tre modi, secondo la natura della materia. Il 1° riguarda i doveri di rispetto, obbedienza e aiuto dei figli verso i genitori: — materia che era regolata dai costumi severi dei Germani. Il 2° riguarda il dovere del genitore di allevare ed educare la prole secondo i proprii mezzi. Il 3° comprende il diritto e il dovere del genitore di dirigere, proteggere e rappresentare il figlio, finchè questi non può fare da sè. Questo ultimo è il più importante — è la *patria potestas* dei Romani, il *mundium* paterno dei Germani, che competeva solo al padre, e in eccezione per alcuni popoli più a contatto dei Romani (Visig. e Borgog.) alla madre pei figli minorenni se il padre era morto, ma tal materna *potestas* poteva esercitarsi soltanto per gli atti di semplice amministrazione suggeriti dal diritto romano e per dirigerli, educarli; non però per stare in tri-

(*) **Bibliografia.** — Bernard, *Hist. de l'autorité paternelle en France*, 1863; Amiable (cit. a § 140); Beaune, *Droit coutum. Personnes*, 1882, 539 segg.; Stobbe, *Beiträge z. Gesch. d. deut. R. I. Die Aufhebung d. vaterl. Gewalt*, 1865; Kraut, II, 1847, p. 586-669; Rive, I, 1, 174-202; II, 2, 149-173; Heusler, II, § 156-157; Ciccaglione *Alimenti*, § 52-107; Pertile, § 115; Salis, *Beiträge z. Gesch. der. vaterl. Gewalt nach altfranzos. R Zeits. f. R. G.*, XX, 137-204; Scaduto, *Consenso*, 234 segg.; Grimm, 455 segg. Trattati antichi, Paschalis, *De viribus patriae pot.*

bunale; davanti al quale essi e tutta l'azienda domestica erano rappresentati dal prossimo agnato come loro tutore.

Il potere che il padre esercitava sui figli, secondo le leggi germaniche è diverso da quello che riconoscevagli l'antico diritto romano. Però alle sue origini, nel suo punto di partenza questo *mundio* fu eguale alla *patria potestas* romana, e non fu certo un istituto per la protezione dei figli. Le parole stesse *manus* e *mund* hanno la stessa radice e designarono anticamente l'assoluta autorità paterna; solo tardi *mundium* fu preso in senso ristretto per indicare una delle sue applicazioni (1). Presso gli antichi Germani, almeno secondo le nordiche leggende, trovasi che il padre aveva poteri di vita e di morte sui figli non diversi da quelli del *paterfamilias* romano. Il suo era parimenti un diritto fiero, inflessibile, assoluto. Il padre non era obbligato a prendersi il nato come figlio, e prendendolo, doveva manifestarlo con simboli. La levatrice gli deponeva ai piedi il nato, ed egli lo alzava fra le sue braccia; se ciò non faceva, si intendeva che lo respingeva, e lo si esponeva; imperocchè nessun neonato poteva, per una tradizione germanica pagana, essere ucciso dacchè aveva gustato cibi o dacchè era stato lavato nell'acqua sacra (2). Il padre aveva un diritto di vita e di morte solo al momento della nascita; ma una volta che la protezione, il *mundio*, era stato accordato, non gliela poteva più togliere per capriccio o per disciplina. Sulla vita non aveva più diritti perchè la società aveva reclamato per sè il punire il figlio (pur lasciando al padre di batterlo per correzione). Sulla libertà era però sempre il padrone assoluto. Questi poteri assoluti si mantennero anche sotto Carlo Magno, ma poi si ebbe un rapido declinare della rigidezza del mundio, un rilasciarsi dei rapporti fra padre e figlio, cosicchè il mundio sui figli apparve come un diritto di protezione e di rappresentanza; e in conseguenza si riconobbe al figlio non solo capacità giuridica ma anche diritti verso il padre, si fece la durata di questa autorità indipendente dalla volontà del padre, si diede al figlio la libertà di uscirne in diversi modi, la si fece cessare col toccare di una certa età e si obbligò il padre a provvedere al mantenimento del figlio anche dopo che questi non era più sotto la patria podestà: fu insomma un grande

(1) Mentre era opinione comune che il mundio paterno fosse solo protezione, Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'hist.*, 221 seg., e Heusler, I, 105, 431, hanno sostenuto che il mundio paterno fu all'origine eguale alla *patria potestas* romana; Brunner, I, 71-80, propone un'opinione intermedia.

(2) Maurer, *Wasserweihe des german. Heidenthums. Münch. Ak.*, 1880, p. 5. Vedi anche Grimm, 455; Wilda, 725; Platz, *Gesch. d. Aussetzung*, 1876; Friedberg, *Bussbücher*, 39; Heusler, II, 431.

rallentamento nei rapporti famigliari. Al sec. XIII un commentatore del diritto longobardo diceva: « jure langobardo filii non sunt in potestate »; ed anche il concetto della patria podestà romana sembrava un'esorbitanza, un anacronismo.

La podestà paterna nel diritto italiano si presenta, fino ai giorni nostri, come un dovere di protezione, di rappresentanza, di amministrazione. Anche quando è chiamata col nome romano il contenuto è diverso. La dipendenza del figlio è conseguenza dell'età e della sua incapacità ad amministrare; quindi l'obbligo del padre, come tutore, di proteggerlo e aiutarlo. Nel resto si collega piuttosto al diritto romano che al germanico, ma coi temperamenti che imponeva la nuova civiltà. Quindi veniva anche attribuita all'avo e non alla madre; e nel Napoletano, in Sicilia, a Bologna, Roma, ecc., durava per tutta la vita del figlio, che restava qual si fosse la sua età *figlio di famiglia* finchè non era emancipato con forme analoghe alle romane.

Il diritto vigente la ruppe colle tradizioni romane e ordinò la patria podestà secondo le norme del Codice francese che le aveva tratte dalle consuetudini locali. In Francia la madre era compartecipe alla patria podestà e a lei i giureconsulti riconoscevano un diritto d'azione quando il padre voleva dare ai figli un'educazione contraria alla decenza (Bernard, Salis). Il Codice francese fu il primo che rilevando la condizione sociale della donna, la rese partecipe ai diritti e ai doveri inerenti alla patria podestà; e questo concetto fu mantenuto dal Codice nostro senza restrinzioni ed ambagi, sopprimendo anzi alcune differenze che il Codice francese lasciò sussistere fra il padre e la madre sul diritto di correzione e relative alla perdita dell'usufrutto legale nelle seconde nozze, migliorando rispetto alla tutela del genitore superstite che il Codice francese faceva sorgere accanto alla patria podestà.

199 (Rapporti personali). Gli effetti della patria podestà in quanto alla persona del figlio erano dovere e diritto di correzione, di educazione, diritto di dare il consenso al suo matrimonio, alla sua iscrizione in una corporazione di arti e mestieri, al suo arruolamento militare, dovere di alimentarlo, di dotare la figlia. Per diritto feudale le femmine dovevan ricevere dal padre e, lui morto, dal fratello maggiore una dote conveniente al grado e alla sostanza, per trovar buon matrimonio, detta dote di *paraggio*, e anche ai cadetti il padre doveva provvedere con assegni vitalizii detti di *vita e milizia*.

Il diritto di correzione (riconosciuto rigidamente dal diritto germanico), i giuristi volevano far risorgere assieme alla facoltà del padre romano di sequestrare il figlio in carcere privato, di ucciderlo se lo trovava in adulterio colla figlia, e all'autorizza-

zione a venderlo (Paschalis) in caso di guerra e di carestia (il che fu pure permesso presso i Germani fino all'864); ma la pratica anche nel napoletano, restrinse questi diritti alla correzione ordinaria; e per la più energica richiese il concorso dell'autorità pubblica (nel Codice parmense ed estense anche senza un decreto motivato). Nel passato si ricorreva ai conventi e il padre aveva la facoltà di farvi chiudere il figlio.

Per gli alimenti (1) il padre secondo l'antico diritto germanico aveva l'obbligo di somministrarli sempre, in qualunque età, se il figlio era in bisogno; come questi doveva sempre sostenere il padre povero. Secondo il diritto feudale solo i figli nati da matrimonio legittimo e di paraggio dovevano essere mantenuti sui frutti del feudo, non quelli nati da matrimonio morganatico. Nel diritto statutario napoletano e di alcuni altri paesi l'obbligo degli alimenti era basato sulla comunione dei beni famigliari tra i componenti la stessa famiglia (di origine germanica); cosicchè ai figli bisognosi dovevasi assegnare sui frutti della proprietà paterna la quota che risultava, dividendo quella tra padre e figli, se per causa giusta dovevansi allontanare dal padre (Pramm., 1742), e in Sicilia una sifatta quota (1|3) era assegnata ai figli dalla nascita e di essa restava amministratore il padre. In altri paesi l'obbligo alimentare derivava dai principii del diritto romano (Ciccaglione).

Esorbitanti diritti sancivano le antiche leggi sulla persona del figlio per quanto riguardava l'oblazione a un monastero, la professione, l'ordinazione e il matrimonio (2). Nel diritto longobardo la donna era coercibile alle nozze da parte del padre e del fratello. La coercibilità alle nozze spirituali e specie alla monacazione esisteva per le femmine e i maschi, ma poi fu dalla Chiesa limitata sino alla maggiorennità. I Longobardi come i Visigoti e i Franchi riconobbero l'obbligatorietà dell'oblazione paterna. Nell'antica Chiesa la figlia era tenuta a sposarsi con chi voleva il padre, e il figlio ad adempiere i voti di oblazione; soltanto al IX sec. queste dottrine non furono più generalmente ammesse, e al XII i papi abolirono l'obbligatorietà della oblazione; e sebbene si continuasse ancora da alcuni a ripetere che « monachum facit propria professio vel paterna devotio » tuttavia il diritto della Chiesa dopo le decretali di Gregorio IX respinse questa pretesa contro natura. Anche l'antica dottrina riteneva che la coercibilità nell'oblazione fosse conciliabile colla libertà della professione del novizio, la

---

(1) Ciccaglione, *Teoria degli alimenti;* Abignente. *Dir. success. nelle prov. napolet.*, 1881, p. 149.

(2) Scaduto, *Il consenso nelle nozze, profess. e ordinaz.*, 1885; Kraut, I, 320 segg.; II, 604; Rive, I, 92 segg.; 117 segg., 239 segg., II, 1, 116.

quale avveniva quando l'oblato minorenne aveva raggiunta l'età necessaria (Scaduto). — Dopo il Concilio di Trento tutto ciò svanì; le nozze dei figli di famiglia furono ritenute valide anche senza il consenso paterno, ma illecite; elemento primo ed essenziale del coniugio fu stabilito il libero consenso delle parti. Il consenso paterno era richiesto « de solemnitate non de necessitate ». I Codici italiani moderni hanno mantenuto lo stesso principio; solo è variata l'età fino alla quale il consenso degli ascendenti richiedesi. I Codici estensi, parmensi ed austriaci volevano questo consenso anche per le femmine e pei maschi fino a 25 anni.

200 (Rapporti patrimoniali. – Usufrutto legale). I figli minori non potevano fare contratti; la rappresentanza loro negli atti privati come nei giudiziari spettava al padre. Secondo le leggi germaniche non vi era assoluta incapacità dei figli, i parenti li assistevano, completavano le loro obbligazioni e davano mallevaria che i figli all'età giusta le avrebbero ratificate. Delle loro obbligazioni durante la minore età non poteva chiedersi l'adempimento; ma compiuta l'età legale divenivano irretrattabili, se non le revocavano (Heusler). Non avevano personalità in giudizio, non giuravano; delle loro colpe rispondeva civilmente il padre, che pagava e riceveva in loro nome il guidrigildo. I loro contratti erano nulli, se fatti senza l'espresso consenso del padre, si punivano i notai che li ricevevano. Le prammatiche napoletane si erano staccate dal diritto romano nel prescrivere che se un figlio di famiglia celebrasse un contratto dicendosi padre, fosse quello nullo, perchè i contraenti debbono sapere l'altrui condizione e imputare a se stessi se restano ingannati; che in questo caso il figlio non si potesse imputare di falsità per non costringere indirettamente il padre all'adempimento del contratto. Ma pel resto osservavasi il diritto romano.

I figli non potevano testare che del peculio castrense o quasi; e sugli avventizi solo di quelli provenienti dal lato materno (purchè lasciassero al padre la legittima, e quindi questi perdeva solo l'usufrutto che gli dava il diritto romano). Alcune leggi germaniche (Visig.) copiarono dal diritto romano l'idea del peculio; ma a tutto l'istituto diedero i Germani un significato diverso e altre conseguenze (1). Ammisero il figlio ad ereditare e ad acquistare beni per donazione, col proprio lavoro e per mezzo dei doni che il capo dava ai proprii gasindi, e inoltre in forza del diritto di aspettativa, proprio dei figli, sull'eredità paterna, diedero loro una specie di comproprietà i cui effetti si manifestavano nell'intervenire alle vendite che faceva il padre, come se essi rinunciassero a un diritto di condominio, nella facoltà di pretendere una parte della sostanza paterna quando si separavano dal padre o quando questi si riammogliava (principio della comunione dei beni comune nel mezzodì

(1) Roth, 167; Savigny, Del Giudice, *Studii*, *Tracce di dir. rom.* (cit. § 34), p. 387; Fitting, *Pecul. castr.*, 494, 524, collegano questo testo al dir. rom.; altri invece (Stobbe, Hegel, Miller, Nani, *Studii di dir. long.*, I, Schupfer, *Famiglia*, 86) alla famiglia germanica.

d'Italia). Secondo l'antico diritto germanico i figli che erano nel *mundio* paterno, erano capaci di acquistare per qualunque modo; ma non potevano disporre; uso e amministrazione spettavano al padre, come nel diritto romano pel peculio avventizio; egli era come un tutore ordinario perchè solo nel caso di necessità poteva alienare o pignorare. Questo usufrutto non era conseguenza della patria podestà, ma diritto paterno indipendente dalla società domestica (Stobbe). — Ovunque prevalse il diritto longobardo si seguì la norma che i figli di famiglia acquistassero per sè, direttamente (And. de Barulo). Ma come ritornò a dominare il diritto romano, questa materia fu regolata dalle disposizioni romane intorno al peculio castrense o quasi, avventizio o profettizio, ecc. (1).

Il diritto romano aveva distribuito la sostanza dei figli in tante masse, con diversi diritti spettanti sia al padre che al figlio. Rispetto al peculio castrense e quasi il figlio si riguardava come padre di famiglia, poteva disporne per testamento, contrattare, ecc.; rispetto all'avventizio irregolare il padre aveva l'amministrazione non l'usufrutto; rispetto all'avventizio regolare al padre competeva quella e questo: che pure gli spettavano sul profettizio amenochè questo ultimo non fosse assegnato al figlio, perchè si esercitasse negli affari. I glossatori avevano fatto risorgere questi istituti, e dando alla parola *miles* nel peculio castrense una larga interpretazione, avevano trovato ingegnose e nuove applicazioni alle regole romane sul peculio castrense. Così i chierici erano riguardati come *milites Dei*, gli avvocati e i dottori come *milites inermes* (*militiae literatae*): e a queste *militiae legales et coelestes* o *quasi militiae* si erano estesi i privilegi della *militia armata*, specialmente quelli relativi al peculio castrense e al *beneficium competentiae*. Alla metà del secolo XV l'assimilazione fra le due milizie era perfetta. Più tardi mantenendo gli stessi concetti e colle stesse conseguenze si avvicinò la *quasi militia* al peculio *quasi castrense*, con questa differenza in confronto del diritto romano, che il peculio quasi castrense non si attribuì solo ai chierici o ai figli rivestiti di pubblici offizii, ma a chiunque lucrava col proprio lavoro, agli avvocati, ai medici, agli insegnanti privati, agli studenti (Fitting).

Accanto all'istituto romano del peculio il diritto feudale aveva fatto sorgere quello del *baliatus* o *guardia*, che era destinato a prendere, nei diritti moderni, il posto del peculio. Il *baliato* non era un istituto inerente alla patria podestà o alla tutela, ma all'ordinamento stesso del servizio feudale. Siccome i feudi erano gravati del servizio militare, quando un vassallo morendo li lasciava a figli minori che non erano ancora capaci di questo servizio, il signore si metteva in possesso dei feudi e ne godeva finchè gli eredi non avessero raggiunto la maggior età, e si incaricava degli alimenti e dell'educazione loro. In seguito questo carico fu affidato a un prossimo parente che usufruiva dei feudi del minore ma doveva prestare per lui il servizio militare, soddisfare i pesi annui, far le spese dell'educazione, e restituirli come il minore era pervenuto al-

(1) Fitting, *Das peculium castrense in seiner gesch. Entwick.*, 1871, p. 476-656.

l' età voluta per poter servire sotto la bandiera del signore. Questo baliato o guardia traeva con sè altresì l'usufrutto di tutti gli altri immobili, onde in seguito si produsse un diritto regolato e certo, specie nelle famiglie nobili, senza riguardo se vi erano o no feudi, senza rispetto all'origine, ma considerando solo l'età dei figli (1).

Questo istituto ebbe speciale importanza nell' Italia meridionale e in Sicilia dove l'avevano importato i Normanni e dove Federico II lo regolò, mettendo il baliato fra i diritti maiestatici, autorizzando i parenti del minore a chiederne al principe l'esercizio, obbligando quelli a rendere i conti della gestione, a tenere per se solo quanto importavano le spese del servizio militare, le spese vive e quelle per l'educazione del minore e a restituire il resto. I minori dovevano ricevere la resa dei conti al raggiungere del 25° anno (poi al 18°), le donne al 14°. L' esempio era stato copiato dai borghesi e si era introdotto il baliato borghese regolato dalla consuetudine. Ma dove il baliato raggiunse grande importanza (*garde noble* e *bourgeoise*) fu in Francia; ed è nel Codice napoleonico che in ciò seguì le tradizioni locali, che si deve cercare la vera origine delle disposizioni dei nostri Codici (eccetto l' austriaco) sull'usufrutto legale del genitore nei beni del figlio. Tale usufrutto ricorda senza dubbio quello che apparteneva al padre sul peculio avventizio, come quello derivante dal baliato o guardia, ma ne differisce sia per la durata, sia per le persone a cui è attribuito, per beni che comprende e pei diritti che ne risultano. Nel Codice francese come nell' italiano l'usufrutto legale è conseguenza della patria podestà; esso è esteso anche alla madre, è negato agli altri ascendenti contrariamente al diritto romano, non importa l'obbligo del rendiconto; abbraccia minori categorie di beni in confronto del diritto romano, perchè il contenuto del peculio è ben più ampio che non fosse il *pec. castr. e quasi*, e molti sono i beni non soggetti all'usufrutto legale, non cessa colla morte del padre ma coll'emancipazione e al raggiungere di una certa età che nel Codice sardo era di 30 anni, nell'estense di 25 (età così alta volendo questi Codici rafforzare l'autorità paterna); nel parmense e napolitano di 18 anni, nel vigente di 21 anni.

201 (Origine e fine della patria podestà). Il mundio paterno presso i Germani originava soltanto per la procreazione legittima. Il padre non aveva patria podestà sugli adottati, sugli illegittimi, nè sui legittimati; sugli ultimi due esercitava una tutela speciale (Heusler), che poi si convertì in patria podestà, colla azione del diritto romano. Così che dopo il sec. XIII si riconosceva l'origine della patria podestà dalla procreazione, dall'adozione e dalla legittimazione. Il Codice sardo poi fece della patria podestà

(1) Arbois de Jubainville, *Récherches sur la minorité et ses effets dans le dr. féodal franc. Biblioth. de l'Ecole des Chartes*, 3 ser., II, 415; III, 136, 533; Salis, 146 segg.; Demangéat, *Etude hist. sur l'ancien droit de bail ou de garde. Revue de législ.*, n. s., II, 655, IV, 635; Kraut, *Vormundsch.*, III, p. 1-110; Heusler, II, § 173.

non un rapporto diretto della paternità; ma riproducendo un concetto romano, la concentrò anche nell'avo che avesse in podestà il figlio.

Il mundio paterno germanico cessava, quando il figlio si sposava e fondava una nuova casa e famiglia, quando esciva dalla casa paterna anche per vivere da solo, quando la figlia cadeva sotto il mundio maritale in seguito di matrimonio. L'età non aveva alcun effetto per sciogliere il mundio (1), nè l'avevano la solenne vestizione di portare le armi (2), nè il commendarsi al re o a un seniore (3). Atti di emancipazione furono propriamente ignoti al diritto germanico; se qualche legge (Visigot.), parla di emancipazione per triplice manumissione, ciò è esclusivamente di origine romana; ed in Italia quella vi era difatti mantenuta. Finchè il figlio restava in casa del padre e da lui economicamente dipendeva, il mundio durava; anche i capaci alle armi, membri del popolo, votanti nelle assemblee, partecipanti alle faide di casa, esercitanti tutti i privilegi dei liberi, erano nella vita privata ed economica sotto il padre, da lui rappresentati nelle azioni di delitto, fossero attori o convenuti. Presso i Germani malgrado la costituzione militare, vigevano ancora principii proprii delle società patriarcali ed agrarie, nelle quali l'autorità del padre aveva lunga durata; e questi principii si erano combinati con detta costituzione in tale armonia, da permettere che il figlio fosse *pars reipublicae*, senza cessare di essere *pars domus*. Il fatto poi che la patria podestà non si scioglieva nemmeno col raggiungere dell'età maggiore stabilita dalle leggi, rende ragione del perchè presso i Germani questa età fosse fissata così bassa (v. § 140); il figlio per aver raggiunto i 10, 12, 14 o 18 anni, non diveniva capace nei rapporti privati, nè acquistava indipendenza, ma continuava ad essere diretto e protetto dal mundio del padre: ed inoltre questo stesso fatto dimostra la differenza fra la patria potestà e la tutela, perchè questa era dipendente dall'età minore, quella dalla procreazione, dai rapporti di sangue che durano sempre, che conferiscono al padre diritti maggiori in confronto del tutore.

(1) D'altra opinione è Kraut, II, 590. Anche Wackernagel pensa che a 20 anni cessasse la patria podestà.

(2) Così secondo Beseler, Gerber, Walter, Rive, II, 200, Stobbe, Heusler, II, 437. Invece Kraut, II, 591-602, Zoepfl, Waitz, Pertile, III, 329, Sohm, 342, 545, vogliono che l'armamento fosse riconoscimento di maggiore età e di emancipazione. Schroeder, p. 62, ammette che l'armamento solenne con presentazione all'assemblea (che avveniva a 12 anni, secondo Heusler, a 20 secondo altri) indicasse emancipazione, purchè il figlio si separasse dalla casa paterna. Dimodochè egli pure concorda in ciò che la separazione sola porti allo scioglimento del mundio, il che non accetta Eherenberg, *Kommend.*, 54.

(3) Così Heusler, II, 435 segg.

Dal diritto germanico derivò la forma di emancipazione sassonica, o per separata economica (facendo casa a sè, ammessa anche dalla Rota romana), una delle emancipazioni che i giuristi dissero tacite. Col feudalismo entrò anche l'emancipazione per commenda fatta al re (1); le conseguenze di quest'atto essendo diverse e più importanti che pel passato. Al sec. x era in Italia usata la emancipazione giustinianea, compiuta raramente davanti ai tribunali, più spesso davanti ai notai. L'età non fu in principio, nei Comuni italiani, mezzo per sciogliere la patria podestà, e alcuni statuti questa perpetuavano per tutta la vita del padre; ma grazie alla attività commerciale, lo divenne (a 18 o 20 anni); però dovevasi farne pubblico avviso per chi volevane usufruire. Emancipavano ancora il voto, la professione, la milizia, la mercatura, l'investitura di feudo, la dignità pubblica: e perdeva il padre la *p. p.* colla morte civile. I diritti moderni mantennero l'emancipazione per atto pubblico, per l'età e per matrimonio.

Le conseguenze dello scioglimento del mundio paterno o *foris familiatio* (come dicevasi in Sicilia, copiando dalle fonti anglonormanne), erano diverse da quelle che seguivano il cessare della patria podestà romana; non si scioglievano i diritti di agnazione, e quindi l'emancipato succedeva al padre e da lui doveva ricevere gli alimenti e una parte delle sostanze (*premium emancipationis*, Pertile; il terzo in Sicilia in virtù della comunione, Brünneck).

CAPO XIX.

LA TUTELA E CURATELA (*).

202. Il mundio degli agnati o della *sippe* appare nelle leggi germaniche come tutela sopra orfani di padre, sopra figli che per incapacità del padre non hanno il mundio paterno, o che per essere il padre passato a seconde nozze, hanno dei diritti contro il padre stesso nell'eredità materna, se la madre è morta; infine come mundio perpetuo sulle donne *propter infirmitatem sexus*. In entrambi i casi era una continuazione o sostituzione del mundio paterno, fatta non nell'interesse del minore, ma in quello del mundualdo e pei diritti della casa e della famiglia, affinchè questi siano salvaguardati, nè vadano delusi i diritti di aspettativa competenti

(*) **Bibliografia.** — Oltre le opere di Kraut, Rive, Flach (cit. a § 189), Demangeat, D'Arbois de Joubainville (cit. nel cap. preced.), vedi Pertile, § 118; Heusler, II, § 165-168; Stobbe, § 264-268; Bluhme (cit. a § 189). Giuristi antichi, Cavalcanus, Montano.

(1) Schupfer, *Nuovi studi sulla legge udin.*, 50.

agli agnati, sulla successione del minore e caratteristici del diritto germanico. Quindi non è così necessaria, assoluta, come nel diritto romano, e se ad essa i parenti rinunzieranno, non si avrà. Nelle leggi germaniche difatti, di tutela mai parlasi, ma solo di minori e dei loro atti; le longob. mostrano chiaro che la tutela sui minori non era regola ma poteva darsi, e che esistendo non era diretta a proteggere i minori, i quali mai potevano aver pregiudizio per qualsiasi atto, restando il valor giuridico di questo, sospeso fino all'età maggiore (Bluhme). Tale fu il concetto dello istituto della tutela sui minori secondo il diritto germanico; solo come tramontò l'antica costituzione della sippe e sparvero i diritti ideali della famiglia sulla sostanza di un membro di essa e nel posto degli interessi di essa alla conservazione di questa sostanza subentrarono gli interessi dello Stato, fu possibile il regolare funzionamento della tutela, come istituto necessario ordinato nell'interesse del minore stesso (Heusler).

Il diritto dei parenti di esercitare la tutela sugli orfani di padre, durava finchè questi non avevano raggiunta l'età legittima (18 anni presso i longob., § 140). Se un tutore vi era, egli, assieme alla famiglia (Liutp. 75), rappresentava il minore davanti ai tribunali, egli riscuoteva il mundio e il guidrigildo e giurava, egli possedeva i beni di lui e ne aveva l'usufrutto, senza dar cauzione e render conti, esigeva i crediti in nome proprio, ma doveva pagare i debiti ereditari del minore, era tenuto pei delitti di lui e non poteva in alcun modo obbligarlo. I debiti fatti dal tutore non gravavano sul pupillo, perchè quegli non poteva nei negozii giuridici rappresentarlo, e tutti gli atti pei quali era necessario il consenso del minore, restavano sospesi, finchè non aveva raggiunto l'età maggiore. Se il tutore perdeva un processo, il pupillo divenuto maggiorenne, poteva chiederne la revisione, poichè il tutore poteva crescere, mai diminuire la sostanza del pupillo cui compete sempre la *restitutio in integrum* pei contratti a lui dannosi. Il tutore doveva assistere il minore nei contratti, ma se questi erano fatti senza il di lui intervento, non erano nulli, ma *negotia claudicantia*, sanabili col detto assenso o colla ratifica del minore divenuto maggiore. Un negozio concluso dal tutore e dannoso pel pupillo, poteva essere da questo revocato. Presso i Visigoti, il tutore doveva fare un inventario, dare cauzione e rendere i conti, ma per ricompensa aveva 1[10 dei frutti. Nel diritto longobardo, si poteva vendere beni del minore, con licenza del tribunale e coll'assenso dei parenti per pagare i debiti ereditarii, pagare il morgengab e il prezzo della donna e anche per bisogno.

La tutela era un diritto della famiglia tutta (fino al 7° grado). Non vi era un unico tutore, ma tutti i parenti avevano diritto di

vegliare agli interessi del minore. Fu per l'influenza romana che si venne alla nomina di un tutore scelto nei prossimi agnati (*frater, patruus, patrui filius*). Se il più vicino non era in grado, si passava al secondo: se il tutore moriva, la tutela non cadeva ai suoi eredi, ma agli agnati più stretti del minore. Mancando la linea paterna, si ricorreva alla materna. Sotto l'influenza del diritto romano la vedova poteva presso i Visigoti assumere non la tutela, ma la semplice amministrazione dei beni, il che è diverso. Per esercitare la tutela bisognava possedere; se il parente prossimo non possedeva, la famiglia ne sceglieva un altro. Se perdeva la propria sostanza, decadeva dalla tutela.

Il concetto germanico che la tutela è diritto di famiglia e nell'interesse di essa diede origine all'istituto del consiglio di famiglia. Poichè colla nomina del tutore la famiglia non si disinteressava nella gestione, e il tutore non era che il suo organo e delegato, ne conseguiva l'intervento della famiglia in tutti gli atti importanti della tutela, come nella stipulazione di matrimonio, nella purificazione per congiuratori, nel pagamento delle composizioni — non che il diritto di sindacato, di resa dei conti, di impedire le malversazioni, di assistere alla redazione dell'inventario, di spogliare il tutore indegno della tutela. La sippe costituiva un vero consiglio di famiglia sul pupillo e sul tutore; e questo consiglio sopravvisse ai concetti che erano il fondamento suo, e si mantenne nelle leggi italiane, anche quando la tutela era piuttosto sottoposta alle norme del diritto romano, combinandosi con altri istituti di carattere pubblico, sorti in difesa dei minori.

In causa di questi diritti che poteva esercitare la famiglia, il diritto germanico non conobbe la tutela testamentaria nel senso romano. Però il padre poteva raggiungere gli scopi ad essa proprii, commendando, al letto di morte, il figlio nelle mani di persona di sua fiducia. Ma quest'atto pare esclusivo dei Franchi. Esso fu il punto di partenza della così detta *tutela pactitia*. La tutela testamentaria ritornò in vigore al sec. XIII.

Se agnati non vi erano o ricusavano esercitare i loro diritti, se il padre non aveva stabilito per una *in manus commendatio* o per contratto un mundualdo, allora la tutela cadeva al re, non come dovere, ma come diritto; e il re l'esercitava o direttamente o per mezzo della *curtis regia*, o dei suoi alti ufficiali, o come voleva. Non era una vera tutela, perchè si limitava a ciò che quelli, che nè in se stessi, nè in una famiglia, potevano trovare sufficiente protezione, avevano la possibilità di trovare aperto il mundio regio, ossia di mettersi col re in un rapporto di servizio, in conseguenza del quale ricevevano vitto e difesa. Tutto ciò non avveniva in seguito a ordine regio, ma per puro favore; nè il re era

obbligato, nè il pupillo poteva pretenderlo. Di quelli che al re non si commendavano, egli non si occupava. Poi col ristabilimento dell'impero, venne l'idea che il re fosse il tutore di quelli che non avevano mundio e che le offese a loro fossero punibili con special banno (Heusler). E allora per l'influenza romana si sviluppò la tutela dativa, la quale era stata accolta anche in quelle leggi germaniche più romanizzate (Visig.); e il *judex*, sotto i Carolingi, nominava i tutori scegliendoli fra le persone *Deum timentes*, e sorvegliava i tutori in genere; e al vescovo era fatto obbligo di ammonirli e avvisare delle loro colpe l'imperatore. Il *iudex* doveva intervenire nelle vendite dei minori, e la sua cooperazione ecclissava i poteri del tutore. La nomina da parte del re apparve non solo come un dovere, ma un diritto, e le idee feudali fecero di essa una regalia, un diritto maiestatico, da potersi cedere ed esercitare come la moneta e i pedaggi; e si arrivò al punto che i signori, ritenendosi investiti di questo diritto di nomina, ne fecero un cespite di tributi, e vendevano le tutele al maggior offerente. Ma il concetto che aveva avuto Carlo Magno di fare subentrare lo Stato nella competenza di famiglia e prender la cura dei minori come si scioglieva il chiuso organismo famigliare, continuò nei Comuni presso i quali la tutela dei minori divenne affare pubblico importante; magistrature (savi, razionali dei pupilli) furono create per dare a tutti il rispettivo tutore, per sindacarlo, per approvarne la scelta, fosse testamentario o legittimo, per nominarne un altro se l'eletto era inidoneo (e tale era lo straniero, il chierico, l'infame, il debole di mente, il nemico del padre, la persona di grado sociale inferiore). In tali atti i magistrati dovevano procedere d'accordo colla famiglia, col consiglio dei parenti e dei vicini (mantenuti questi ultimi anche nelle Costituzioni piemontesi, 1770); e vedesi nelle città italiane l'importanza che aveva nelle tutele il consiglio di famiglia, imposto dai parenti paterni e materni, agnati e cognati, che era convocato e presieduto dal magistrato stesso, per dare il suo avviso sugli atti più rilevanti della tutela, per ricevere annualmente (e non a tutela finita come in diritto romano), i conti dal tutore, per assentire al matrimonio del pupillo, alle alienazioni, ecc. Il tutore assumeva per tal modo la veste di mandatario della famiglia e di delegato dell'autorità pubblica, la tutela il carattere di un *munus publicum*.

Da questo completo e caratteristico sviluppo che ebbe la tutela germanica, dalla vitalità che mantennero nelle città italiane gli istituti ad essa congiunti, come il consiglio di famiglia, derivò poi il fatto che la pratica italiana non accolse della tutela romana (parte poco risplendente di quel diritto: Bruns), che quanto era compatibile colla tutela germanica e quanto era comune ad en-

trambi i diritti. Molto la dottrina e la pratica corressero e riformarono; e da questo lavoro derivarono la tutela e il consiglio di famiglia, quali troviamo nei nostri codici, l'obbligo di vendere i beni del pupillo all'asta, la resa dei conti annuale (voluta dal Codice austriaco e parmense, e per gli stati di amministrazione anche dal nostro), quella complessiva presentata alle autorità pubbliche, ecc. (1). Tutto l'organamento della tutela, quale fu nella maggior parte dei Codici italiani, appartiene, per origine, al diritto germanico, alla giurisprudenza passata, agli statuti. In Sicilia si mantenne tutta romana (La Mantia).

Da queste fonti derivano: l'idea di un maggior intervento dell'autorità giudiziaria, non nell'approvare i singoli atti di amministrazione, ma per assicurare l'adempimento di varie formalità da parte del tutore — l'istituto del consiglio di famiglia (mancante però nel Cod. austriaco, parmense, estense, in Toscana e Stati pontificii; accolto nel Codice delle Due Sicilie e nel sardo, con perfezionamenti in confronto al francese) — l'obbligo imprescindibile dell'inventario — la resa annuale dei conti — la gratuità dei servizii pubblici intervenienti agli atti dei tutori — la ammissione della madre alla tutela (permessa pel baliato nei beni feudali dagli Angioini, ma respinta nei Codici austriaco, sardo, estense, parmense, che seguendo il diritto romano, permettevano al padre escludere la madre dalla tutela) — il diritto di detto consiglio di famiglia, di nominare il tutore (così secondo i Codici francese, napoletano, sardo e vigente; l'austriaco e il parmense l'attribuirono, secondo il diritto romano, al magistrato) — il grande controllo del giudice (che nel Codice austriaco sostituiva il consiglio di famiglia) — la ricompensa al tutore (sancita dal Codice austriaco) — l'obbligo assoluto delle vendite per incanto, stabilito da molte leggi antiche (costituzione piemontese 1729) e moderne. E tutto ciò è stato migliorato secondo i suggerimenti della dottrina e dell'esperienza (come la fissità dei componenti il consiglio; la speditezza dell'amministrazione, l'aver stabilito che tutte le alienazioni fatte colle cautele volute siano irrevocabili, mentre nel passato, in omaggio al principio « minor restituitur non tamquam minor « sed tamquam laesus », il minore aveva diritto nei primi dieci anni dopo l'età maggiore, di respingere tutte le qualità di erede, acquirente, ecc., a lui conferite dal tutore, prendere le qualità che più gli convenivano; l'abolizione delle prove privilegiate concesse ai minori dal diritto romano).

203. La distinzione fra tutela e curatela non si mantenne nelle leggi italiche antiche, nè la conobbero le germaniche, le quali anzi accomunavano sotto uno stesso criterio più largo e comprensivo, l'esercizio dei diritti sui minorenni orfani e sui deboli. Nel-

---

(1) Tutto ciò trovasi anche negli Statuti di Amedeo VI di Savoia, 1379, presso Nani, *Gli stat.*, ecc., 1881, p. 40 seg. (cit. a § 80).

l'ordinamento della famiglia germanica e nei diritti di aspettativa, di prelazione che le competevano sui beni dei suoi membri, questi due istituti trovavano origine comune. Anche presso i glossatori penetrarono queste idee di derivazione germanica. Essi che non videro nella tutela che rappresentanza e gestione di affari, che scambiarono il concetto di *auctoritas* con quello di semplice assenso, non distinsero tutore e curatore, nè fecero alcuna differenza sui modi con cui la tutela e la cura vengano conferite, esercitate e sugli effetti di esse. Così venne nella pratica e nella dottrina di assimilarle, pur mantenendo le varie categorie di curatori del diritto romano. La curatela fu assorbita dalla teoria sulla tutela, e seguirono questo sistema i diritti moderni.

Ai giuristi italiani e alle nostre leggi antiche devonsi notevoli miglioramenti introdotti nell'istituto dell'inabilitazione e interdizione. Nel diritto romano non si interdiceva che il prodigo: i furiosi e gli imbecilli avevano un curatore, ma nei momenti di lucido intervallo potevano agire da sé. La dottrina italiana (Mascardo, Menocchio) stabilì i modi con cui presumere o provare la pazzia, ma una volta stabilita, volle che l'incapacità fosse continua e non periodica; e così sancirono i Codici moderni. Parimenti essa dettò le regole per le prove della nullità degli atti di persona morta compiuti in istato di demenza, e preparò quelle per l'inabilitazione o *administratio prohibita*.

Sotto curatela degli agnati erano presso i Germani i muti, i ciechi, gli storpi, i pazzi, che non potevano ereditare e avevano diritto solo agli alimenti. Gli statuti non stabilirono curatori che pei prodighi e i pazzi. L'interdizione si proclamava pubblicamente in chiesa o nell'arengo, dietro richiesta dei parenti prossimi, ma anche l'autorità pubblica poteva provvedere. — Contro i prodighi poi le leggi erano severissime, e alcuni li punivano di carcere e di banno. In Piemonte i curatori avevano diritto a un salario. La autorità doveva provvedere alla nomina dei curatori al ventre, a quelli dell'eredità giacente, e della massa dei debiti in liquidazione.

204 (Tutela delle donne (*)). Le donne presso la maggior parte dei Germani stavano in una tutela perpetua (1); non potevano mai essere selbmundie, cosicchè, morto il padre, cadevano sotto il

(*) **Bibliografia.** — Vedi § 139, 179; Schupfer, *Famiglia;* Bluhme, *op. c.*; Heusler, § 171, 172; Ficker, II, § 257; III, § 448; Opet, *Geschlechtsvormundschaft in frank. Volksrechten Mittheil. d. Instit. f. Oesterr. Gesch.*, III, Ergbd., 1889; Rosin (cit. § 34, pag. 53).

(1) Prima Ficher (*Verwandsch. zw. gotisch-spanisch. u. norwegisch-island. R.*, 1887) poi Opet hanno dimostrato che ai Franchi Salii e ai Ripuarii una tutela delle donne era sconosciuta.

mundio del prossimo agnato (fratello, zio), e vedove, sotto quello del prossimo agnato del marito defunto e prima anzi sotto quello del figlio (v. § 193). Il fratello aveva potestà sulla sorella, come il padre, poteva batterla, accusarla, sposarla anche contro la volontà di lei, purchè ad un libero; ma doveva rappresentarla in giudizio, sostenere il duello e giurare per essa, pagare la composizione, amministrarne i beni. La ragione di questa protezione non stava in un bisogno di protezione (Rive), ma nell'esclusione delle donne dalla vita pubblica e giudiziaria. Le leggi non sconoscevano in esse qualsiasi capacità giuridica, ma non assicuravano mezzi adatti al sesso femminile per le prove; talchè esse dovevano farsi assistere da un uomo, che poi divenne il tutore di esse anche nella vita privata; inoltre le famiglie, visto che per questa loro impotenza fissa erano esposte a perdere nei giudizii le sostanze, avevano tutto l'interesse di assisterle, non solo nel momento della lite, ma anche prima. Da ció originò la tutela perpetua delle donne, che era più rigida dell'ordinaria tutela, in quanto che il mundualdo era il padrone di tutto, poteva irrevocabilmente contrattare, e non era come pei minori che potevano, raggiunta l'età, negare il loro consenso agli atti del tutore (Heusler). Col tempo questo mundio si indebolì, le vedove acquistarono maggior libertà; la cooperazione del mundualdo divenne necessaria solo per gli atti giudiziarii, non per quelli di ordinaria amministrazione; accanto al tutore sorse l'autorità pubblica, la quale, assieme alla famiglia, doveva essere interrogata in certi casi; e mentre al tempo delle *leges* questo mundio è dominato dall'interesse famigliare, e quindi si fa sentire in tutti gli atti, nel secondo medio evo la donna, pur restando il mundio, è più libera, e non ha bisogno di essere assistita che negli atti giudiziarii. Anche dopo, la sua subordinazione non era eguale a quella che aveva per le leggi romane, e la sua tutela fu tenuta distinta da quella dei minori, dementi e prodighi. I giuristi dissero che il suo mundualdo era un *curator*, che non aveva l'amministrazione e non poteva commerciare invece della donna, ma la cui presenza era necessaria negli atti solenni e il cui assenso serviva a produrre la volontà della donna.

La donna germanica poteva possedere beni, acquistare fra vivi e per successione; altri beni le venivano pel matrimonio. Ma su tutti questi nulla poteva disporre, perchè sopra essi la famiglia agnatizia o il marito avevano un diritto; le alienazioni dovevano essere fatte coll'intervento del mundualdo e dei parenti; anche nelle donazioni *pro anima*, la donna non poteva liberamente disporre. Queste prescrizioni si mantennero non solo nel medio evo, ma anche nei tempi moderni. Le Costituzioni piemontesi ed estensi dichiaravano nulli i contratti delle donne maritate se sti-

pulati senza intervento del marito, e per le nubili, se mancava l'assenso dei congiunti. Anche pel testamento la donna, al tempo dei Comuni, non era libera, ma doveva accordarsi col suo mundualdo. Però in qualche città poteva darsi al commercio col consenso del marito; in qualcuna le si riconobbe piena capacità (Lattes, cit. § 50); e alcune leggi accennando a un principio di rispetto tennero la donna sempre indipendente: solo per gli atti solenni stabilirono che, se mancava di mundualdo nella sua parentela, ne ricevesse uno dal giudice, oppure il giudice stesso fungesse da tutore, oppure essa se ne scegliesse uno al momento. La tutela perpetua delle donne è scomparsa dalle moderne legislazioni. L'eguaglianza dei sessi fu proclamata; la moderna autorizzazione maritale è ispirata ad altri concetti, che nulla hanno di comune colle idee romane e germaniche.

CAPO XX.

FAMIGLIE ARTIFICIALI, ADOZIONE, AFFRATELLAMENTO.

205 (Adozione (*)). Accanto alla famiglia naturale, a quella sorta per la procreazione, il diritto germanico, come il romano, ha conosciuto altri modi di originare rapporti famigliari, che in Italia si sono mantenuti specialmente fra le classi nobili, e furono l'*adoptio*, l'*allectio*, la *cooptatio*, la *fratratio*.

Il più antico e universale di questi modi era l'adozione — atto che nelle società moderne ha così poca importanza, talchè non tutti i Codici l'ammettono, mentre nelle antiche società, e specie presso le indo-europee, ebbe grandissima importanza. — Un'idea religiosa vi si collegava: quella di perpetuare la famiglia, principio e fine della società (1). L'adozione (in linguaggio franco detta *adfatimus*, *affatimire*), era praticata colle stesse formalità della legittimazione e dell'emancipazione; l'adottante stringeva al seno, e copriva col mantello l'adottato, o lo vestiva delle armi tagliandogli i capelli (2), facendogli doni che avevano una speciale importanza giuridica (Schroeder), o, come presso i Franchi

(*) **Bibliografia.** — Grimm, 146, 155, 160 segg.; Pertile, § 117; Schupfer, *Famiglia*, ecc.; Schroeder, pag. 61-67; *Z. f. R. G.*, XX, 56; Beseler, *Erbverträge*, I; Wilbrandt, *Zeit. f. deut. R.*, V, 182.

(1) Summer Mayne, *Études sur l'anc. dr.*, 121 seg.

(2) Così presso gli Ostrogoti e i Longobardi, Grimm, 166, Sohm, 549, 551, Glöden, *Röm. Recht. im Ostgot. Reiche*, 1843, p. 110 seg. Pappenheim, *Launegild n. Gairethinx*, p. 65 segg.

gli trasmetteva solennemente davanti al *tungino* e a testimonii, col getto della *festuca*, il suo patrimonio, lo conduceva nella sua casa, ve lo teneva per alcuni giorni, dove l'adottato riceveva ospiti; finzione tutta, perchè quest'ultimo entro 12 mesi doveva colle stesse formalità far atto di cessione della sostanza all'adottante. Presso i Longobardi l'adozione si compiva colla presentazione dell'adottando all'assemblea, fatta dall'adottante e colla dichiarazione di volerlo avere per figlio. Questi riti franchi e longobardi hanno una affinità non dubbia colla *coemptio per aes et libram* dei Romani. Vi era un *judicium* e un'*adiudicatio* dei singoli diritti speciali, diritti di famiglia ed ereditarii, al qual giudizio, nel *mallo* o nell'assemblea, seguiva la *traditio* simbolica del patrimonio fatta colla *festuca*, mercè cui il possesso era ceduto al figlio adottivo, coll'obbligo di mantenere l'adottante finchè viveva. Solo tardi, nei paesi soggetti all'influenza romana, si introdusse l'adozione per *scripturam*, novità che prese poi il posto definitivo dell'*affatomia*. Con quella forma veniva soppressa l'immissione dell'adottato nel patrimonio e soltanto gli fu assicurato un diritto nel caso di morte del padre adottante. In conseguenza presso i Germani l'adozione aveva lo stesso valore di istituzione di erede. Non essendo dagli antichi Germani ammesso il testamento, nè la successione testata, chi voleva disporre dei suoi beni a un altro, lo poteva fare per mezzo dell'adozione e coll'intervento del popolo, o dei parenti che in quell'ordinamento della proprietà rinunziavano ai diritti che avrebbero potuto esercitare alla morte di quel possessore. Mentre in diritto romano l'adozione era sostituzione di figlio, che aveva per iscopo di aprire all'adottato anche i diritti ereditarii, nel diritto germanico era eminentemente un patto ereditario, una traslazione effettiva, irrevocabile di sostanza dal possessore di essa ad un altro. E poichè il diritto ereditario era esclusivamente basato sulla parentela, così per estendere i diritti ereditarii a chi non apparteneva alla famiglia, abbisognava un ricevimento solenne e pubblico nel seno della famiglia.

Da questa natura dell'adozione germanica risulta: 1° che la adozione poteva soltanto essere fatta da chi non aveva figli: avendone era d'uopo del consenso di tutti (Amira); 2° che si poteva adottare qualunque persona, il coniuge, un parente, uno straniero, e ciò perchè avendo l'adozione il carattere di patto ereditario, anzi essendone un modo, la si adoperava anche dove non trattavasi di fondare un rapporto di figliazione, ma solo per rendere possibile l'acquisto di un'eredità. Tale era il caso dell'adozione fra coniugi che non avessero prole; 3° che l'adottante non aveva il mundio paterno sull'adottato (Sohm), che questi non si separava dalla sua casa e famiglia e che restava *sui iuris*, qualora non fosse

soggetto al mundio di alcuno, e ciò perchè l'adozione non fondava una famiglia coi suoi rapporti di dipendenza e di autorità paterna. Nè l'adottante acquistava diritti ereditarii verso l'adottato.

In Italia il risorgere del diritto romano mutò l'essenza e le forme dell'adozione, e nello stesso tempo la grande libertà dei testamenti la rilegò in un posto molto secondario. Divenne un istituto aristocratico e per la sua poca frequenza, tale potè essere chiamato in Italia anche ai giorni nostri (Pisanelli, 1865). Nei paesi poi, dove il feudalismo aveva profonde radici, come nella Italia meridionale, l'adozione era stata ammessa solo in quanto era compatibile coi privilegi dell'agnazione e col diritto nobiliare; cosicchè l'adottato non poteva succedere nei feudi e nei fedecommessi, nè acquistava titoli di nobiltà e armi gentilizie: e se vi erano agnati e cognati prossimi, egli ereditava soltanto la metà dei beni dell'adottante. La pratica italiana voleva che l'adozione fosse fatta davanti al conte palatino poi al giudice (Ficker, II, § 244; III, p. 428), coll'intervento degli agnati (Bartolo), come voleva il diritto germanico, intendendosi il loro intervento quale rinunzia ai diritti successorii che loro spettavano. In alcuni luoghi volevasi il permesso sovrano (De Luca).

In Francia invece non conoscevasi, nei paesi di diritto consuetudinario, l'adozione a cui supplivasi con patti successorii; ossia l'adozione era quale l'intendevano i Germani, cioè un patto successorio. Nel 1792 si progettò di introdurla nelle leggi civili; ma ciò non avvenne che in seguito. Nel Codice napoleonico l'adozione fu accolta, ma in senso ristretto, causa le obbiezioni mossele che fosse innaturale e che favorisse il celibato. I Codici italiani si divisero: il sardo riprodusse i concetti francesi; il modenese, il parmense e l'austriaco seguirono l'idea romana, secondo cui l'adozione non è semplice trasmissione di nome e di beni, onde diedero all'adottante la patria potestà sull'adottato. Il Codice sardo staccandosi dal romano, non fece passare l'adottato nella famiglia dell'adottante; riguardò l'adozione come un contratto che non colpisce il diritto politico (quindi non importava nobiltà nei titoli senza l'autorizzazione del re), che vincola solo le parti (quindi non successione dell'adottante ai parenti dell'adottato), che non spezza i rapporti fra l'adottato e la sua famiglia naturale. Tutto ciò è conforme alle idee germaniche. Il Codice delle Due Sicilie unì queste colle romane; accordò la patria potestà sull'adottato, ma non fece perdere a questo i suoi diritti verso la famiglia naturale. Nel nostro Codice l'adozione entrò a stento. Il ministro Pisanelli l'aveva esclusa dal suo progetto, ma il Senato la ristabilì, perchè fondata su tradizioni storiche; non l'assimilò alla procreazione, non ne fece mezzo per acquistare la patria podestà, nè staccò l'adottato dalla

sua famiglia. Il codice vigente non accolse però la clausola del diritto francese, che l'adottato avesse dimostrato grande affetto o reso grandi servizii all'adottante, clausola che aveva dato origine nelle leggi napoletane, a una speciale adozione, la rimuneratoria, per la quale derogavasi alle condizioni volute per l'adozione comune.

205 *bis* (Affratellamento (*)). Altro modo di parentela artificiale usarono i Germani creare fra due persone, e consisteva nell'imitare i rapporti di fratellanza naturale. Fra queste persone si sostituiva una *fraternum foedus*, che in forza di una finzione giuridica attribuiva agli affratellati gli stessi vincoli esistenti fra i fratelli carnali. Lo praticarono ancora i Greci-bizantini e gli Slavi, ma i Romani lo combatterono. Esso deriva dal bisogno di associarsi e difendersi a vicenda, molto sentito nelle società primitive, nelle quali manca o è scarsa l'azione difensiva dello Stato; non bastando la famiglia, la *sippe*, si cercava nelle alleanze fra diverse famiglie o nelle amicizie degli individui e dei compagni d'arme, aiuto per tutte le necessità di quella vita, per offendere e difendersi, per esercitare e respingere le vendette. Così si stabilivano dei patti di amicizia, con riti solenni, con giuramenti, colla commistione del sangue degli affratellati, patti che duravano per tutta la vita e che spesso portavano la comunione dei beni. Ciò che anima queste unioni è la difesa reciproca, è la vendetta; il fratello deve vendicare il fratello. Da esse derivarono poi le gilde o corporazioni che si attribuirono una parte di quei fini che aveva la famiglia antica e che erano necessarie quando la famiglia si era indebolita e la costituzione dello Stato non era ancora così forte da proteggere sufficientemente gli individui.

In Italia l'*adfratatio* fu usata fino al sec. X, specie nell'Italia meridionale, ma non nel suo significato primitivo e forse senza le antiche formalità, era tutta tralignata, perchè non indicava più che una specie di consorzio agrario (1). L'associarsi di due o più persone per scopi economici era ancora chiamato affratellamento, ma dell'antico aveva abbandonato tutto quanto riguardava la difesa e solidarietà personale, che era stato assunto dallo Stato; il nome però conveniva sempre perchè fra queste persone residenti sulla stessa proprietà indivisa, dovevano sorgere relazioni e vincoli non dissimili da quelli tra fratelli, che alla morte del padre continuavano per lo più, presso i Longobardi (e anche più tardi nelle campagne), a vivere in comunione sotto il maggiore.

L'affratellamento germanico originò ancora la fraternità d'arme della cavalleria e degli ordini equestri, i patti di fraternità fra sovrani; ma

(*) **Bibliografia.** — Du Cange, *Adoptions d'honneur en frère et par occasion des frères d'armes*, 1668; Kohler, ***Kuntsll. Verwandsch.*** *Z. f. vergl. R. W.*, V, 1884; Inama-Sternegg, ***Deutsche Wirth.*** *G.*, I, 261 segg.; Tamassia, *L'affratellamento*, 1886.

(1) Salvioli, *Consortes e Colliberti* (cit. a § 109), pag. 9 e segg.

quelle e questi nessuna analogia avevano colle famiglie artificiali, che all'origine il vero affratellamento fondava.

206 (Unio prolium (*)). Specialmente fra la nobiltà germanica erano usati certi patti solenni, coi quali un coniuge che passava a seconde nozze, coll'intervento dell'autorità e l'assenso dei parenti, eguagliava la prole che avrebbe avuto, a quella che già aveva, in tutti i diritti di figliazione e di successione. Tale era il caso di chi sposava una vedova con figli; il marito, facendo l'unione delle proli, riconosceva per suoi i figli di lei e li ammetteva alla sua eredità assieme ai proprii. Era una forma di adozione usata fra i nobili di Germania, e dipendeva dal sistema di comunione di beni praticato fra coniugi. I giuristi tedeschi la considerarono più particolarmente come una successione contrattuale. In Italia pare non sia stata conosciuta.

SEZIONE TERZA: Diritto delle cose.

CAPO XXI.

DIVISIONE DEI BENI; PROPRIETÀ MOBILIARE (**).

207. Altrettanto, se non in grado maggiore del diritto di famiglia, risentesi il moderno diritto delle cose dell'influenza germanica. L'ordinamento della proprietà fondiaria, le forme delle terre feudali, di manomorta, di livello, di censi, di oneri reali, di usi civici, di terre comunali, di regalie, i concetti di demanio pubblico, di diritto di caccia, saline, miniere, ecc., traggono la loro origine diretta od unica da istituti proprii dei Germani, da avvenimenti per opera loro maturatisi, sono lo svolgimento di concetti da essi sovrapposti al mondo romano, di germi che portavano con sè, e che furono pel corso della storia e per l'azione della scienza sviluppati e maturati. Le forme più importanti dell'economia moderna, stanno in istretto addentellato con quelle prossime del passato da cui originano; e specialmente la distribuzione delle terre e l'attuale proprietà fondiaria, non sono che un prodotto del medio evo, aggravato ancora dal fatto che il concetto rigido ed individualista romano eliminò questi elementi sociali che signoreggiavano nella proprietà fondiaria dei Germani.

(*) **Bibliografia.** — Mittermaier, *Z. f. gesch. R. W.*, II, 318; Heusler, § 164; Beseler, *Lehre v. Erbverträgen*, I e II; Gerber, *De Unione polium*, 1844; Stobbe.

(**) **Bibliografia.** — Rinaldi, *Della proprietà mobile*, 3 vol., 1872-75; Stein, *Untersuch. u. d. Entwick. d. deut. Sachenrechts*, 1858; Beseler, *Lehrb. d. deut. Privatrechts*, § 73; Gerber, *System. d. d. P.R.*, § 72; Stobbe, II, § 71, 78, 145; Laband, *Vermogensrecht. Klagen*, p. 276 segg.; Heusler, II, § 79, 113-119; Bemmelen, *La propriété mobilière*, 1887; Pertile, § 133; Beaune, *Droit coutum. fr. La condition des biens*, 1885.

Gli immobili acquistarono specialmente nella seconda parte del medio evo, un'importanza straordinaria, specialmente nei rapporti di famiglia e nelle successioni; e il diritto immobiliare si sviluppò in modo da allontanarsi dal mobiliare. I rapporti dell'uomo colla terra si moltiplicarono e si complicarono: innumerevoli obbligazioni, diritti di dominio, decime, obbligazioni fondiarie, pedaggi — furono infissi alla proprietà del suolo; altri diritti ne furono staccati e attribuiti a quella di un fondo vicino. Il diritto signoriale e feudale, quello dei censi e dei livelli, il dominio e il servaggio della terra, presero una grande estensione. Il carattere di diritto immobiliare fu attribuito a diritti distinti dalla proprietà del suolo, non solo a diritti che erano smembramenti della proprietà, all'usufrutto degli immobili, ai diritti di caccia, di pesca, ma a tutte le obbligazioni fondiarie e ai diritti di dominio inerenti alla proprietà del suolo. Mentre il diritto romano non conosceva cose incorporali immobili o mobili, e lo stesso germanico non classificava le cose incorporali, i crediti, i diritti reali fra i mobili nè fra gli immobili, causa la nessuna importanza, la dottrina feudale ascrisse agli immobili tutti quei diritti feudali che formavano il patrimonio delle famiglie e che si aveva interesse a perpetuare come se fossero immobili; e dietro essa la Glossa e il diritto canonico misero *inter immobilia* altri diritti incorporali come i *redditus annui*, le decime, i censi, i diritti reali, enfiteutici, quelli di uso e di usufrutto, sebbene le rendite potessero essere cedute e sequestrate come mobili; e la stessa giurisprudenza del secolo XVI (Cuiaccio) fino al XVIII (POTHIER), non concepiva i diritti incorporali che riferendoli all'oggetto corporeo cui appoggiavansi, e li qualificava mobili o immobili, a seconda della mobilità o no dell'oggetto. « Quod tendit ad mobile, est mobile » (Molineo).

Il diritto delle cose secondo i Germani non posava, come il romano, in un'idea astratta di un diritto di proprietà (*dominium*), che esercita la stessa azione tanto sulle cose mobili che sulle immobili, ma su quella concreta del possesso (1). L'antico diritto germanico delle cose, al contrario del romano, dava importanza maggiore al rapporto di fatto colla cosa, mentre il rapporto ideale, giuridico, tra cosa e persona, era messo in seconda linea; insomma

---

(1) Invece Franken, *Gesch. d. franzos. Pfandrechts*, I, 1879, p. 292, dice che dominio e possesso erano davanti al diritto identici. La proprietà era il rapporto intrinseco di tenere fisicamente una cosa. Per Goldschmidt (*Z. f. H. R.*, VIII, 246), il diritto sui mobili stava nel contatto colla cosa, cosichè perdendo questa si perdeva il diritto. Noi seguiamo invece le idee di Stobbe, II, 2ª ediz., 607, e di Heusler, II, 6 seg. Una teoria nuova trovasi esposta da Bemmelen.

non era che il diritto del possesso; il che non vuol dire che nel periodo carolingio mancasse il concetto di proprietà; soltanto la proprietà non costituiva un'antitesi assoluta col possesso come nel diritto romano, ed era, anche non avendo una particolare designazione tecnica, la forma più elevata del possesso. Non vi era una parola speciale per significare proprietà, e *dominium* voleva dire signoria in relazione al diritto pubblico. Della proprietà si ebbe idea poco precisa. Il nome di proprietà fu applicato anche a istituti diversi. Tale indecisione si riflette ancora nelle dottrine dei Glossatori, in quella per es. sul dominio utile e il diretto prodotta da mala intelligenza delle azioni romane (§ 237): e nel fatto che essi estesero il nome di proprietà anche ai *jura in re* e ad altri istituti prescindendo dai modi con cui la cosa era posseduta.

208. L'antico diritto germanico non conobbe la distinzione fra diritti reali e personali (Laband); ma essendosi il suo diritto del possesso, cioè delle cose, sviluppato su una base oggettiva, riguardò come pernio fondamentale la distinzione fra beni mobili ed immobili e diede a questa un'importanza assai maggiore che non avesse fatto il diritto romano. Riguardandosi il diritto di possesso solo sulle cose cui riferivasi — se mobili o immobili — non si ebbe un solo diritto delle cose, ma un diritto dei mobili e degli immobili. La cui differenza, storicamente più importante, deriva dal diverso valore che avevano acquistato in processo di tempo la ricchezza mobiliare e la proprietà fondiaria — dalla circostanza che il diritto relativo alla prima, era rimasto stazionario a un primo grado di sviluppo giuridico, poichè la semplicità dei rapporti non suggeriva o richiedeva fasi più avvanzate; mentre (causa il beneficio e il feudo del sec. VIII), il grande valore che ottenne la proprietà fondiaria per la posizione sociale dei possessori, il ricco germogliare di istituti e forme e contratti per la tenuta delle terre, e principalmente il movimento che si concentrava sul suolo come centro della vita giuridica, eccitarono tutte le attività a elaborare e perfezionare il diritto immobiliare. I grandi interessi della nazione, l'indipendenza e perfino la libertà (v. pag. 195) movevansi allora, diversamente che pel passato, attorno all'asse del possesso fondiario; donde la creazione e formazione di concetti giuridici in questo campo, in modo molto più ricco che non si trovi in altra parte del diritto (Heusler), donde infine la maggior estensione del diritto di proprietà, la varietà dei *jura in re aliena*, ignoti al diritto romano.

209. Nei primi tempi quando la proprietà fondiaria individuale (v. § 24) non ancora esisteva, le cose mobili erano l'unica forma di proprietà; esse sole avevano un valore ma per lo stato rudimentale delle nozioni giuridiche, non avevano che una protezione

penale, cioè un'azione per la restituzione, nel caso fossero rubate o danneggiate; e appartiene a un grado più avvanzato di sviluppo, l'aver protetto il diritto reale accanto alla punizione del reato. Anche quando sorse la proprietà immobiliare, i Franchi non abbandonarono il sistema di servirsi delle cose mobili per valutare la fortuna personale (Boretius) e anzi non concependosi ricchezza che in confronto ai mobili e sulla scala di essi, i Capitolari assimilarono spesso la terra ai mobili, il che rende difficile la determinazione esatta dei patrimonii (Sohm). Ma sotto il feudalismo i termini si mutarono, cioè la distinzione si accentuò tutta in favore della terra, e decadde la ricchezza mobiliare, al punto che per tutto il medio evo *res mobilis* fu sinonimo di *res vilis*. Tutto il valore e l'importanza erano attribuiti agli stabili, a cui potevano perfino essere inerenti diritti di sovranità (§ 269). Fu nelle città italiane che il commercio, le industrie, il movimento bancario, stabilirono l'armonia fra le due sorgenti di ricchezza e furono livellate, cosicchè la proprietà immobiliare non ebbe più un valore personale, secondo chi la possedeva, ma il suo valore reale; e il denaro e il credito acquistarono singolare importanza e divennero il nerbo delle città e degli individui. Tuttavia così profondamente era radicato il concetto della superiorità degli stabili, che la ricchezza mobiliare si conformò alle forme giuridiche e alle norme dell'altra. Anche in questa eguaglianza giuridica, politicamente solo i beni immobiliari ebbero importanza; essi solo furono titolo di onore e mezzo per salire alla nobiltà; essi solo costituirono a preferenza la base pel diritto delle cose. La qual cosa non giovò certo alla costruzione di forme giuridiche precise, paragonabili a quelle dei Romani, nelle quali il rapporto colle cose poteva idearsi per una pura costruzione giuridica. Soltanto la molteplicità e varietà dei rapporti concreti offrì un compenso a questo difetto: e nel dare una costruzione giuridica a questi rapporti, eccelse la giurisprudenza antica italiana.

Il nostro odierno diritto delle cose immobili è ordinato secondo il sistema romano, malgrado alcune modificazioni — ma quello delle mobili si risente più profondamente dell'origine germanica. Di tale origine è il principio fondamentale di esso diritto « *Mobilia non habent sequelam* », ossia « Possesso vale titolo pei mobili » (1) — germanico è quello che i diritti sono mobili o

(1) Secondo Walter, § 540, questo principio non esisteva nelle leggi germaniche: e cita L. Alam., II, 87, e Roth, 228. Ma in quella si parla di immobili, e nel secondo di perdite involontarie. Su questa massima, v. Heusler, *Gewere*, 487-582; Kern, *Entwick. d. Grundsatses Hand muss wahren hand* (la mano deve guardare la mano), 1881; Rinaldi, I, 401 segg.; Tartufari, cit. a § 240.

immobili, secondo la natura dell'oggetto cui si riferiscono — e l'altro della mobilità delle obbligazioni e dei materiali provenienti dalla demolizione di un edificio (art. 420). Invece è di origine romana il concetto di riguardare mobile la nave.

Anche nella moderna dottrina dei beni immobiliari trovansi concetti ignorati dai giureconsulti romani e provenienti dalla legislazione medioevale. Tali sono l'immobilizzazione di cose mobili per la destinazione, degli animali addetti alla cultura, degli strumenti rurali, del fieno e sementi, ecc. (art. 413), dei torchi, caldaie, botti, alcuni punti della teoria delle pertinenze (1), la disposizione (art. 413), che considera immobili i diritti enfiteutici, e quelli di usufrutto, di uso.

CAPO XXII.

LA PROPRIETÀ FONDIARIA ALLODIALE (*).

210. L'attuale distribuzione della terra in Italia trae le sue origini dal medio evo e dai Germani. La proprietà privata e le sue ineguaglianze sono il risultato delle invasioni; da istituzioni germaniche derivano le varie forme di proprietà comunale, gli usi civici, le partecipanze, i consorzii agricoli, i demanii dei municipii, le comunaglie e i diritti d'uso; da esse scaturì il concetto dell'allodio, da esse il feudo che ebbe parte importantissima nell'ordinamento e nelle vicende della proprietà fondiaria e che rappresenta un elemento assorbente nella storia di essa.

Al tempo delle invasioni, i Germani già praticavano la pro-

(*) **Bibliografia.** — Vedi le opere cit. al cap. VI, parte I. Muratori, diss. 21; Baudi di Vesme e Fossati, *Vicende della proprietà in Italia dalla caduta dell'impero allo stabilimento dei feudi. Accad. di Torino*, 1836; Schupfer, *Ordini sociali e possesso fondiario presso i Long.*, 1861; Gaudenzi, *Sulla proprietà in Italia nella prima metà del m. e.*, 1884; Calisse, *La condiz. territoriale della prov. rom. nei sec. VIII, IX, X*, 1884; Salvioli, *Consortes e Colliberti* (cit. al § 109); Poggi, *Cenni storici delle leggi sull'agricoltura*, 2 vol., 1845-48; Bianchini, *Storia economica della Sicilia*, 1843; *Id. a Napoli*, 2 vol., 1840; Lombardi, *I possessi plebei, la manomorta e lo svincolo della proprietà*, 1883; Rinaldi, *Delle colonie perpetue nella Storia d'Italia*, 1878; Bertagnoli, *Vicende dell'agricoltura*, 1881; Garsonnet, *Hist. des locations perpetuelles*, 1879; Azcarate, *Hist. du derecho de propriedad en Europa*, 3 vol., 1879-80; Inama-Sternegg (cit. § 24); Havet (cit. § 109); Wagner, *Die Abschaffung des privaten Grundeigenth.*, 1870; Felix, *Entwickelungsgesch. des Eigenthums*, 3 vol., 1883-89; Pertile, § 141.

---

(1) Kohler, *Zur Lehre von d. Pertinenzen* nei *Jahrbücher f. dogmatik* dell'Jhering, XXVI, 1888, p. 22, 34, 52, 132-147.

prietà individuale sulle terre, non nel senso romano o nel moderno, giacchè ancora esistevano molte incertezze e limitazioni (§ 24). La comunità di villaggio non era interamente scomparsa, ma una parte sua erasi trasformata in proprietà privata di famiglia; e questa seconda forma col tempo soverchiò la primitiva, come il modo di cultura del suolo si fece più intenso e si abbandonò il mutamento annuo delle culture e delle terre. Le famiglie, che avevano soltanto un diritto precario di uso, un godimento temporaneo di parte del suolo, continuando per più anni nel possesso, finirono coll'arrogarsi e acquistare un diritto permanente ed ereditario di proprietà su quella parte (Schupfer). Dacchè le terre nella marca (§ 25) si ripartirono a intervalli più lunghi, alcune pretese della famiglia sorsero e si fermarono sulle terre che circondavano la casa, che furono d'allora sottratte alle seguenti distribuzioni: questo primo nucleo si disse allodio (1), *terra salica* (sala = investitura) *terra aviatica;* era proprietà della famiglia, e poi andò aumentando e compresesi sotto questa denominazione le terre che prima temporaneamente erano assegnate alla *sippe*, e che, cessate le divisioni periodiche, erano rimaste in proprietà alla famiglia stessa. Anche l'abbondanza delle terre dopo le invasioni era stata una delle cause per cui queste spartizioni periodiche non avevano più luogo.

Il possesso fondiario al momento delle invasioni apparteneva non all'individuo, ma alla famiglia; però esso conservava ancora numerose traccie dell'antica comunità di villaggio. Pel lento evolversi degli istituti, queste traccie a un certo punto scomparvero, ma perdurarono in loro vece i diritti famigliari, i quali non cedettero e non abdicarono davanti alla proprietà individuale, che in un'epoca molto tardi, e completamente verso il sec. XIII. Tanto il comunismo di villaggio che il famigliare, lasciarono nella vita giuridica germanica impronte sì profonde, che ad ogni punto riscontrasi il loro passaggio. La lingua non aveva un termine adatto per esprimere la cosa che non si conosceva, l'idea di un'appropriazione individuale di una proprietà (*dominium*, nel senso romano, fu solo adoperato da Federico II); i primi possessi furon detti *sundrio* (da *sondern*, separare), nome indicante l'origine loro, nel senso che essi erano stati separati dalla proprietà comune: i parenti avevano certi diritti da esercitare sulle quote divise, preferenze nelle vendite e in certi casi anche nelle successioni.

---

(1) Oltre Schupfer, *Allodio;* vedi anche Chenon, *Étude sur l'histoire des alleux*, 1888, pag. 3 e segg., ove sono esposte tutte le etimologie proposte sull'origine di questo nome. L'allodio ha senza dubbio una stretta analogia coll'*heredium* romano.

Siffatto patrimonio famigliare costituiva un *condominium* o *consorcium*, che nei primi tempi legava, oltre i figli, anche gli agnati tutti. Era in virtù di tali diritti consorziali che i figli potevano pretendere la divisione di detta sostanza, anche quando il padre era vivo e potevano opporsi a tutte le alienazioni, salvo il caso di vera necessità (fame, prigionia). La quota che il Germano aveva ricevuto nella divisione, gli era stata data non solo per lui, ma pei suoi discendenti, a cui la doveva trasmettere intatta. Conservare nella famiglia il patrimonio ereditario, era allora l'oggetto principale delle leggi; da ciò l'esclusione parziale o totale delle donne. — L'inalienabilità degli immobili tendeva allo stesso risultato. Non si poteva spogliare i figli, per atto fra vivi o per testamento, dei beni che si avevano dalla successione degli avi. Chi avesse acquistato di questi beni, era esposto a un'azione di rivendica, che è riconosciuta dalla maggior parte delle leggi, e alla quale dovevano gli interessati espressamente rinunziare, perchè tal vendita fosse efficace.

Il consolidarsi della proprietà individuale fece presto sorgere le differenze nella sua distribuzione. I prodighi perdettero le loro quote, e gli economi accrebbero le loro sostanze; poi, come avviene sempre, i nobili che già dall'origine disponevano di molti mezzi e di influenza e i maggiori proprietarii assorbirono tutte le terre messe in vendita e parte delle piccole proprietà; e il dislivello nella ricchezza fondiaria apparve presto palese. Allora in relazione all'origine di queste terre, si fece di esse due classi, la prima composta dalle *sorti* avute dalla famiglia nell'ultima spartizione, ossia dalle *terrae aviaticae*, ereditarie, dai *propria*, la seconda dai beni acquisiti, *conquesta*. Quelle e questi erano però sempre allodii, nome che spettava alla proprietà esente da ogni comunione di villaggio, da ogni onere verso il re, proprietà vera e piena in rapporto al beneficio, ma non così assoluta come quella dei Romani, causa le limitazioni che subiva da parte della famiglia e del diritto sociale. La differenza fra la terra ereditaria e il *conquisitum* o *comparatum*, non aveva importanza pratica che pel diritto ereditario.

L'elemento costitutivo della nuova proprietà era la *sors*, *mansus*, *hoba*, *sedimen*, specie di podere o abitazione rustica, a cui trovavasi annesso in perpetuo, una certa quantità di terra, che si misurava generalmente a jugeri o a giornate (*iurnalis*), cioè a quel tratto di terra che un paio di buoi poteva arare in un giorno. Al centro vi era la casa (*sala, domus salica, casa dominicata*) intorno a cui stava la corte (*curtis, curtile*), spazio quasi inviolabile, a nessuno aperto senza licenza del padrone, protetto da speciale pace e da ammende gravi, e dove ognuno trovava asilo

e che fu l'embrione dell'immunità (§ 118) che estese questa protezione oltre i chiusi confini della *curtis* (1).

211. La dominazione ostrogota non ebbe alcuna influenza sull'ordinamento della proprietà in Italia, perchè quanto essa fece per la distribuzione delle terre andò travolto e distrutto dal dominio bisantino e dall' invasione dei Longobardi. Presso questi la proprietà privata non cominciò tanto presto ad esser stabile (Schupfer), nè rapidamente operossi il passaggio della proprietà comune, di villaggio alla proprietà famigliare e privata, che almeno certe terre continuarono a distribuirsi periodicamente, anche dopo il loro stabilimento in Italia. Del suolo italiano essi non presero possesso individualmente, ma i capi fecero di una parte di esso, delle terre coltivate, distribuzione alle famiglie (*farae*, *generationes*, *lineae*, *cognationes*) secondo l'importanza di esse e il numero dei componenti, oppure ad associazioni o consorzii di famiglie. Siccome l' occupazione si risentì dell' ordinamento militare, siccome i Longobardi si divisero come soldati in piccoli gruppi, pronti ad ordinarsi ad esercito, abbandonati i campi e i pascoli, così non poche terre furono attribuite a coltivare a quelle aggregazioni militari che si trovavano già esistere, specialmente laddove una famiglia non bastava per l'estensione del latifondio e la sicurezza del nuovo regno e la comune difesa consigliavano la conservazione di queste compagini militari.

Così la prima forma di proprietà che i Longobardi praticarono in Italia fu quella di famiglia e di consorzii: il che negli effetti non era diverso; l'antica marca avendo struttura famigliare (Inama-Sternegg). Dove non si ebbe comunione di parenti, si ebbe comunione di vicini (*pares*, *consortes*, *conliberti*); e anche qualora non esistesse più l' eguaglianza di possesso e di posizione sociale, l' associazione conservava la stessa forma famigliare, cioè l' assicurazione e la difesa del possesso, l' uso in comune, i diritti ereditari dei parenti e dei *vicini*, l'assenso nelle alienazioni. Tutti i membri della famiglia, tutti i componenti del consorzio, possedevano e godevano indivisa la sorte assegnata, tutti avevano un diritto ideale sulla loro quota. Il padre non poteva disporne per testamento o donazione; i figli avevano sulla sostanza paterna un diritto di comproprietà, un consorte non poteva cedere i suoi diritti ad un terzo senza il permesso degli altri. Ma questa forma spostata dal suo ambiente e trasportata in un altro, dove tradizioni profondissime parlavano di una proprietà individuale assoluta, esposta alle insidie ed all' esempio della proprietà individuale che sulle quote rimaste praticavano i Romani, si imbastardì presto; e i Longobardi fecero un passo verso la proprietà individuale, smettendo le divisioni periodiche, trasferendo in eredità ai figli la sorte avuta al momento dell'invasione, tenendo le rispettive quote in proprietà, come facevano i Romani, introducendo il testamento e, con certi limiti, le alienazioni, sciogliendo i consorzi, cosicchè ogni famiglia e ogni individuo prendevano la quota loro. Però questi consorzi di liberi, di pari (*consortes*, *conliberti*) resistettero più a lungo della

---

(1) Salvioli, *Giurisdizioni speciali*, II. *Storia dell'immunità*, p. 31-39.

comunità di famiglia, e se ne trovano, specialmente per l'Italia meridionale, anche nel x secolo, il che dipende dal fatto che questi consorzi erano legati all'esistenza di altri consorzi indissolubili, a quelli cioè sulle terre incolte, cosichè essendo quei consorti obbligati ad usare in comune dei boschi e dei pascoli loro assegnati, seguirono più facilmente la tradizione di possedere e godere in comune le terre coltivate.

Oltre l'esempio romano, la Chiesa contribuì fortemente a sciogliere i consorzi famigliari e diffondere la proprietà individuale, perchè la Chiesa voleva libere le terre dagli impacci della famiglia, allo scopo che chiunque potesse disporre del suo, come voleva, *pro remedio animae* e far donazioni ai monasteri e ai templi: cosa che era incompatibile colla comproprietà di famiglia, rappresentando ogni donazione una sottrazione ai diritti dei parenti.

Questa proprietà individuale dei Longobardi non era così esclusiva nè rigida come presso i Romani. Da una parte i diritti eminenti della società, dall'altra i diritti della famiglia ancora esistenti le imponevano grandi restrizioni, incertezze, difficoltà nei suoi movimenti. Oltrechè il re avrebbe sempre potuto prendersela pei bisogni dello Stato, un avvanzo dei diritti della comunità sopravviveva nella pena imposta a colui che vietasse ad altri e specialmente ai viaggiatori di entrare nel suo campo e di condurvi bestie a pascolarvi. Dalle viti ognuno poteva staccare fino a tre grappoli. Ancora pare si tutelassero più i diritti del lavoro che quelli della proprietà. La famiglia vi esercitava poi in tanti modi restrinzioni varie (§ 225). Ma l'individualismo estremo rappresentato dalla proprietà romana sovrastava; cercava sommergere l'ordinamento germanico che reagì per un pezzo, si modificò, ma finì per essere vinto. L'allodio fu spogliato da tutte le restrinzioni in favore della famiglia e dello Stato e si confuse col dominio romano.

Mentre sotto i Longobardi erano predominanti in Italia i piccoli possessi (*petiolae, agelli, vineolae*) coi Franchi sorse la grande proprietà fondiaria. Le cause furono: 1° la natura stessa della proprietà individuale in cui gli economi, gli abili e i fortunati assorbono presto le sostanze dei prodighi, degli ingenui, dei disgraziati; 2° le differenze già fatte nella prima distribuzione delle terre, per le quali i più dotati, e per vari titoli, arrotondarono i loro patrimoni coi beni dei vicini; 3° lo sciogliersi delle comproprietà famigliari e dei consorzii; 4° l'impoverimento che avvenne per molte cause: per le esorbitanti composizioni penali, per le spese che importava il servizio militare a cavallo, pel gravoso banno militare imposto dai conti e dai seniori, aggravato dalle guerre frequenti, per le eccessive spese processuali.

Una volta sorto il disequilibrio nella distribuzione delle terre, la grande proprietà delle chiese formata dalle immense donazioni (Farfa, Montecassino, Bobbio, possedevano centinaia di migliaia di ettari) e quella non meno cospicua dei *seniores* assorbirono le piccole *sorti* dei proprietarii arimanni. Altri riconoscendosi deboli e impotenti di fronte a tanta ricchezza, impoveriti e smunti dai banni e dalle prestazioni diedero le loro terre libere e assieme le loro persone o a chiese o a signori laici per riceverle poi a titolo precario, pagando un censo, e riconoscendosi

dipendenti da quelle o da quelli, obbligandosi a servirli (§ 235). Nello stesso tempo il re alienava le terre del fisco alle chiese e ai potenti e contribuiva ad accrescere una parte, la più pericolosa, della proprietà privata. Così il sistema beneficiale ed il possesso ebbero una grande influenza sulla trasformazione e distribuzione della proprietà sulla creazione di un ceto di liberi coloni, di possessori anche perpetui di terre ma non proprietarii. Come poi successero le invasioni degli Ungari e le guerre per la corona d'Italia, anche altri piccoli proprietari isolati, rovinati dalle prepotenze feudali, attratti dal prestigio della ricchezza che si imponeva in tutti i modi e le forme — però nelle campagne — si accomendarono a un signore o ad un vescovo. E in tal modo sulle rovine della piccola proprietà e dell'antica marca, frutto di spogliazioni, di violenze, si fondarono i grandi possessi medievali e moderni, le estesissime corti immuni, i feudi, dove non vi era che un proprietario, un domino o un signore usufruttuario e tutti gli altri erano coloni, servi, dipendenti, antichi liberi decaduti e confusi coi liti, manumessi e censuarii. L'allodio andò a poco perdendosi per dar posto al feudo, al censo, al precario, al livello; però da noi mai si ebbe quella trasformazione che avvenne in Francia, dove tutte le terre si presumevano feudali e si diceva « *nulle terre sans seigneur* ». In Italia il rapido sbocciare dei Comuni e il carattere che assunsero fin da principio, impedì questo trionfo del feudo nei rapporti colla proprietà fondiaria e prevalse la massima di presupporre libere tutte le terre e di voler provata la loro dipendenza feudale (eccetto che pel diritto normanno-siculo).

I Comuni furono rivoluzione di plebi cittadine, di militi e di artigiani; e quindi influenza sull'ordinamento della proprietà privata non ebbero se non per le misure che presero contro il feudalismo (§ 162). Nulla si può dire che abbiano fatto per creare piccole proprietà: nulla che abbiano fatto, all'infuori dei provvedimenti pei servi della gleba, per la proprietà fondiaria. Continuò, generalmente, la Chiesa a concentrare nelle sue mani immensi dominii (§ 216). In una parola i rapporti fondati sotto il feudalismo furono poco mutati e così durarono fino ai giorni nostri. Allora sorsero le ineguaglianze nel possesso fondiario — le quali pel passato meno si fecero sentire causa le grandi e numerose agevolazioni delle partecipazioni ai diritti di uso (§ 214). D'allora i mutamenti sono stati parziali, cioè limitati all'abolizione dei diritti feudali (non allo scindimento delle proprietà che avevano costituito i feudi) e all'abolizione della manomorta. La storia della proprietà fondiaria dalla seconda metà del medio evo a noi non conta alcuna grande rivoluzione, nè radicali riforme nella distribuzione di essa, ma soltanto provvedimenti secondarii e i più diretti a conservarla unita, nello *statu quo*, a impedirne il frazionamento. La terra fu riguardata nei sistemi economici passati la precipua fonte di ricchezza: tutto doveva volgere alla sua prosperità, e questa intendevasi connessa al mantenimento delle grandi proprietà e all'incremento loro. Specialmente nell'Italia meridionale tutto lo spirito della legislazione civile ed economica era diretto a favorire la grande proprietà; oppure prevalevano sistemi e misure di politica finanziaria ed economica che se riescivano gravosi ai lati-

fondi, che pur potevano sopportar molto, rovinavano indubbiamente la piccola proprietà. I beni burgensatici od allodiali inceppati dal protezionismo economico dominante, schiacciati dai grandi possessi feudali o fedecomissari circostanti ebbero in tutta Italia vita grama fino a noi. Erano esposti a servitù di pascolo pubblico (abolite in Toscana nel 1778), soggetti a bandite di caccia da parte del sovrano o di un signore, non liberi nella coltivazione, gravati di molti vincoli agrari (i Medici li ripristinarono in Toscana alla fine del sec. XVII: 3|4 dei beni erano vincolati in qualche modo, Poggi), rovinati dai forensi che (specie nel Napoletano) distrussero qualsiasi principio di buona amministrazione (Bianchini), dai litigi di giurisdizione, di patronati, di condominii, dagli infiniti diritti che si stabilivano con nomi diversi, per tempi indeterminati a pro di varie persone, dai patti di famiglia, patti di futura successione, doti, antefati, donativi, primogeniture, maioraschi, ecc.

La proprietà migliorò con questo secolo, quando si abolirono o si trasformarono tutti i vincoli feudali e signorili, quando provvide leggi soppressero i monti, permisero il riscatto dei censi e capitali a rendita perpetua, agevolarono le divisioni, soppressero la manomorta, riordinarono gli officii delle ipoteche, migliorarono le leggi sul possesso, i trapassi, le successioni e le prescrizioni, riordinarono i catasti e le imposte, favorirono il credito agrario, abolirono le servitù e gli usi pubblici, scancellarono il sistema delle economie, sopraintendenze dei patrimoni che erano affidati a una giudiziaria amministrazione che durava eternamente con solo vantaggio della gente del foro. In queste trasformazioni la proprietà eliminò da sè gli elementi spettanti al diritto sociale che erano eredità germanica e si modellò sui concetti assoluti dell'individualismo romano.

212 (Idea della proprietà (*)). Presso i Germani domina nell'istituto della proprietà l'elemento sociale e famigliare, presso i Romani l'individuale. Nel primo medio evo prevalsero le idee germaniche e rimase estraneo il concetto romano del dominio, quale *ius utendi et abutendi*, concetto che prescindeva dall'interesse sociale fino al limite estremo della violazione della legge. Esso riprese il suo posto col risorgere del diritto giustinianeo, ma non interamente ancora, e la Glossa, subendo l'influenza delle idee germaniche, non contemplava il *dominium* che come un semplice *ius in re*, e lo subordinava al diritto di rivendica. Con Bartolo si affermò il carattere illimitato della proprietà, esclusivo, individualista, che comprendeva il dominio diretto e l'utile; e i suoi successori l'interpretarono nel senso più largo di abuso senza utilità (Ancarano, Giasone), di abuso enorme (Zasio). Le leggi moderne però, a

(*) **Bibliografia.** — Landsberg, cit. § 52; Piccinelli, *Studii e ricerche intorno alla defin. dominium est ius utendi, abutendi ecc*, 1886; Rossi, *Il diritto del posses. sui frutti*, 1883; Heimbach, *Lehre d. Frucht*, 1843.

cominciare dalla francese, abbandonarono la tradizione della scuola, e ritennero offensivo all'elemento sociale che non deve mai essere scompagnato dalla proprietà, l'uso biasimevole e la distruzione improduttiva.

In quanto ai particolari diritti o doveri del proprietario, pei frutti va notato che pel diritto germanico il domino li acquistava prima della loro separazione (Heimbach).

CAPO XXIII.

TERRE COMUNI, DEMANII ED USI CIVICI (*).

213. Accanto alla proprietà allodiale ebbe in tutta la penisola vita quando prospera, quando contrariata un'immensa proprietà che apparteneva alla collettività degli abitanti, agli accumunati o alle città. Erano terre pubbliche e comuni, o tenute indivise per pascolo e bosco, o divise in tanti lotti che periodicamente si sorteggiavano fra i comunisti, gli aventi diritto: eguali a quelle forme di proprietà collettive, veri resti dell'antica comunità di villaggio, che sono frequenti in Germania, in Isvizzera (*allmend*) e in Russia. — Grande fu la loro importanza economica; e lo provano ancora gli avvanzi a noi pervenuti — gli usi civici nell'Italia meridionale, il Tavoliere e la Sila di Calabria, gli Ademprivi in Sardegna, il pensionatico, il vagantivo nel Veneto, le servitù della campagna romana, ecc. — avvanzi che vanno scomparendo sotto le leggi degli affrancamenti.

Parte di queste terre, e specie gli usi civici, derivano dalla proprietà pubblica che aveva il municipio romano, che serviva ai bisogni del popolo come corpo morale e al godimento dei *cives*. Caduto l'impero queste terre (*bona communia*) restarono all'uso di tutta l'*universitas incolarum* (Lombardi); e anche quelle che furono incorporate, assieme ai beni del fisco imperiale, nel patrimonio dei re germani e presero la comune denominazione di terre o gualdi pubblici, rimasero soggette a diritti di uso da parte degli antichi comunisti, ma contro il pagamento di certi censi

(*) **Bibliografia.** — Schupfer, *Allodio*, n. 10-12; *Apricena*, *Studi sugli usi civici. Acc. Lincei*, 1887; Del Greco, *Demanii nelle prov. meridion. d'Italia*, 1885; Lombardi, *Usi civici nelle prov. merid.*, 1882; Rinaldi, *Demanii comunali e usi civici. Arch. giurid.*, XVIII e XX; Salvioli, *Consortes e Colliberti*, cit. § 109, p. 20-43; oltre Laveleye, Hanssen, Garsonnet, Miaskowski, *Schweiz. Allmende*, 1879; Viollet, *Caractère collectif des premières prop. immobil. Biblioth. École d. Chartes*, XXXIII; Seebohm, *English village comunities*, 1883.

(*pascuaria*, *agraria*). Spesso però i re ammisero degli estranei, delle chiese e dei monasteri alla partecipazione di questi diritti. Una parte trae origine dal diritto bisantino che a forza di esazioni, confische e ruberie, era arrivato a produrre una specie di comunismo pubblico, organizzato per la necessità di difendersi contro le aggressioni del fisco — e sono le partecipanze o comunità agricole che esistono ancora nelle Romagne (Gaudenzi). Un' altra parte origina dalla *marca germanica* (§ 24) che ebbe florida vita in Italia coi Longobardi e che contribuì a mantenere le istituzioni comunali di origine romana. Altri diritti d'uso, e sono quelli sulle terre private, derivano dalle limitazioni riconosciute dalle stesse leggi germaniche alla proprietà privata, dal feudalismo, dalle usurpazioni fatte a danno della *marca* chiudendone degli appezzamenti con siepi o da concessioni del re o dei comunisti stessi di chiuderne alcune parti, salvo alcuni diritti di pascolo o legnatico dei comunisti, che preesistevano alla chiusura o alla concessione, diritti derivanti dall'originaria collettività delle terre e che non potevano essere manomessi dal volere di uno.

214. I Germani non abbandonarono nelle nuove terre completamente la comunità di villaggio; anzi, una parte del suolo, come i boschi e i pascoli, lasciarono in comune, e gli abitanti di un *vicus* formavano una *marca*, erano *commarcani* (parole che appartengono a periodo posteriore), molti territorii possedevano indivisi. Era sempre l'*ager* di Tacito (§ 24); soltanto la *marca* non aveva più struttura famigliare, ma era una comunità di vicini; non era più comunione personale, basata sull'eguaglianza del possesso e della posizione sociale, nè organismo sociale o politico, ma esclusivamente associazione economica. Ogni marca aveva terre in comune, o sottomesse a un regime intermedio che non era ancora la vera proprietà. La partecipazione a queste terre era connessa al possesso di una *sors*, cosicchè le terre incolte erano come un'appendice delle coltivate. Ogni libero che avesse, egli o i suoi, fatto parte della marca dalla conquista o vi fosse entrato in seguito, esercitava in quelle terre diritti eguali, ma diversi secondo i suoi bisogni, sia per un accordo comune coi *commarcani* o per la legge che regolava i pascoli in comune e i diritti degli utenti. Questi *commarcani* o *consortes* formavano un' *universitas* con esistenza propria, un corpo chiuso, nel quale non si entrava senza il consenso di tutti, con leggi particolari affidate alla tradizione, con tribunali per le violazioni del diritto di *marca*, con obblighi di aiutarsi a vicenda, per assicurarne e difendere il possesso privato, e di assistersi nei giuramenti nella qualità di congiuratori, col gravame di rispondere dei reati commessi sul territorio della *marca* o se non consegnavano l'autore che vi si fosse rifuggito.

L'esistenza di questa comunità di villaggio (negata da Fustel de Coulanges) o di queste proprietà di *marca* in Italia, è provata dai molti documenti longobardi, e posteriori dov'è menzione di *consortes*, di *comunalia*, *comunia*, ecc. (1). Presso tutti i popoli germanici, dopo le invasioni, trovansi traccie della forte persistenza della comunità di villaggio. Presso i Franchi, nessun straniero poteva stabilirsi nella marca senza la loro adesione espressa ed unanime, o se per un anno non aveva goduto di tal tolleranza che equivale a consenso tacito (2). Nulla della *marca* poteva alienarsi contro la loro volontà, e se alcuno cedeva la sua sorte, l'acquirente non otteneva che l'esercizio, ma il diritto restava alla famiglia originaria che sola aveva il diritto di essere contemplata nella nuova partizione (Schupfer).

Diritti di caccia, di pesca, di pascolo, esistevano a loro profitto in tutte le parti, anche divise, della marca, perchè oltre le terre veramente e direttamente comuni, eravi nella *marca* e fra i *vicini* un'altra parte di terre, oggetto di proprietà privata, su cui però esisteva in favore della comunità, un diritto eminente, una specie di dominio diretto che limitava la proprietà individuale. Da ciò derivava la pretesa dei *vicini*, esistente presso i Franchi anche al sec. VI, di ereditare gli alodii, se non vi erano figli, pretesa che fu riconosciuta, ma quando non esistessero parenti collaterali (3); da ciò i diritti di retratto che i commarcani o *consortes* potevano esercitare contro un acquirente estraneo alla associazione, da ciò altre restrinzioni che unitamente a quelle derivanti dai diritti della famiglia, formavano la condizione legale e lo stato normale della proprietà allodiale di quei tempi.

Ma quanto più la proprietà individuale e perpetua si diffondeva e diveniva attributo e condizione della libertà, altrettanto la *marca* perdeva influenza, sia nell'eguaglianza economica, sia nella distribuzione dei beni, sia nella difesa del possesso. Al tempo dei Carolingi non parlasi più di partizioni periodiche; l'influenza romana è qui manifesta. Si diede ad ognuno il diritto di chiudersi; si

---

(1) Erroneamente Baudi di Vesme, 147, 184, vuole che i Longobardi abbiano soppresso i pascoli comuni.

(2) Fustel de Coulanges (*Recherches*, ecc. *Études sur le titre de migrantibus de la loi Salique*, 1885. *Revue gén. du droit*) delle parole « Si quis super alterum in villa migrare voluerit..... si unus existerit qui contradicat, migrandi ibidem licentiam non habebit » propone una interpretazione tutta opposta alla comune, dicendo trattarsi dell'occupazione della proprietà di un assente. Vedi in contradditorio Fournier, *Revue des quest. hist*, 1886; Dareste, *Journ. d. sav.*, 1885; Glasson, *Hist.*, III, 75 segg. E sul diritto dei vicini Gierke, *Z. f. R. G.*, XII, 447, 483-493; Guérard, *Polypticon d'Irm.*, I, 1844, 242 segg.

(3) Gierke, *Z. f. R. G.*, XII, 431 segg.; Amira, *Erbenfolgen*, 39 seg.

ritornò al sistema delle limitazioni degli *agrimensores* romani (1) e pene severe furono pronunciate contro i violatori delle siepi. La legge bavara riconosce espressamente il diritto di convertire certe terre comuni in proprietà privata a condizione di chiuderle e coltivarle. I grandi proprietarii furono i primi a staccarsi dalla *marca*. Al sec. VIII, i diritti dei commarcani erano limitati al bisogno e alla misura del loro possesso. Potevano solo pascolare e far legna in certi periodi dell'anno, e per certi alberi anche sulle terre private, divise e chiuse, sottratte alla *marca*, cui avevano da recente appartenuto; e ciò secondo il bisogno di ciascuno. In un modo o nell'altro tutti godevan della terra. I *seniores*, le chiese, il re, degli usurpatori, avevano sottratte larghe zone di terre comuni. Dall'individualismo invadente la *marca* era diminuita, ma non distrutta; gli abitanti suoi non si sentivano ancora completamente indipendenti gli uni dagli altri, continuavano a chiamarsi *vicini*, *pares*, *consortes*, a restar legati da certi doveri (specie in materia processuale, come nel giuramento), risultanti da una proprietà superiore, da una comunione di interessi, che veramente più non esistevano; e le leggi rendevano ancora omaggio all'antico sistema, autorizzando il pascolo sui fondi privati (Roth., 358), e punendo chi vietava ad altri, e specie ai viaggiatori di far pascolare animali nelle proprie terre. Ma il riconoscimento del carattere alienabile della proprietà fondiaria equivaleva a decretare la decadenza della *marca*. Il feudalismo rovinò ancora la proprietà comunale. Sulle rovine delle comunità indipendenti si elevarono signorie patrimoniali, *villae* regie, dominii ecclesiastici, feudi. Alcune furono convertite in proprietà private, ma serbarono per lo più l'onere degli *usi civici;* per altre il signore si attribuì o si fece concedere dai re un diritto eminente, quello che prima competeva alla *marca* come *universitas*, le inchiuse nelle sue immunità, tollerò o largì che in tutto o in parte, sempre o quando in certe stagioni, gli antichi *commarcani* vi esercitassero diritti d'uso, di pascolo, legnatico, glandatico, richiedendo però servizii e prestazioni, e riservando per sè l'esercizio di altri privilegi. Poche si conservarono completamente libere. Queste e le infeudate, con caratteri che più o meno si accostano ai primitivi, hanno sopravvissuto a tutte le insidie e violenze, e coi loro ordinamenti semplici sono giunte fino a noi, esponendoci il quadro di una società che trovava il suo riposo nel riconoscere il diritto sociale sul suolo, nel rendere possibili a tutti il godimento delle moralizzatrici fatiche dei campi. Alle libere appartengono le *partecipanze*

---

(1) Sull'influenza degli *agrimensores* romani al tempo delle invasioni v. Giraud, *Hist. du droit franc. au m.-â.*, I, 256.

di Cento e Pieve (Bologna), i diritti delle bocche vive e bocche morte di Nonantola (Modena), le comunaglie e i diritti d'uso nelle Alpi e nell'Apennino marchigiano, la Sila di Calabria, il Tavoliere delle Puglie, le maremme di Toscana, sfuggite alle annessioni, sia perchè troppo vaste, sia perchè protette dalla naturale loro posizione alpestre o insalubre. Invece si confusero, si intrecciarono coi dominii e coi feudi buona parte degli *usi civici* dell'Italia meridionale, l'erbatico e il vagantivo nel Veneto, gli Ademprivi in Sardegna, le servitù di pascolo pubblico in ogni parte d'Italia (1). Alla salvezza di questi resti di proprietà comunale contribuirono anche i giuristi, applicando loro una teoria svisata per le origini, ma conforme allo sviluppo delle cose; distinsero gli abitanti di un comune dalla comunità o persona morale. I beni, dissero, sono proprietà della persona morale che possiede *ut universitas*, ma non degli abitanti. Così impedivano le divisioni chieste in virtù del principio: « niuno è obbligato a restare nell'indivisione ».

215. Dai diritti di pascolare, far legna, ecc. lasciati o dovuti lasciare ai comunisti dai privati, dalle chiese o signori feudali che occupavano terre comuni (*comunalia*) come anche terre che erano state del fisco imperiale, poi dei re longobardi, derivano le servitù di pubblico pascolo, legnatico, macchiatico e gli usi civici, ecc. a carico dei privati e in favore degli abitanti del comune — che furono certo di ostacolo alla buona cultura non potendosi conciliare gli interessi degli utenti con quelli dei proprietarii. Leopoldo II, 1778, ne permise per la Toscana l'affrancamento. Il vagantivo (diritto di cacciare e raccogliere canne) e il pensionatico (diritto di pascolare) nel Veneto furono commutati nel 1856; e nel 1882 con speciale affrancamento obbligando i proprietarii che ne avevano l'onere a tassa verso i Comuni. Gli usi civici sui beni privati hanno la stessa origine delle servitù di pascolo. I *bona comunalia* dei municipii romani furono soventi occupati dai baroni che accordavano agli abitanti delle università raccogliere spighe e legna, pascolare, attingere acqua, cuocere calce, seminare, ecc. Quelli sui demanii o beni delle università corrispondono agli stessi diritti che avevano i *cives* sui *bona comunia* dell'epoca romana. L'uso spettava agli abitanti *ex jure civico*, ed era un onere naturale inerente alla terra stessa. Al sec. XII in virtù di certi concetti germanici che attribuivano al re un diritto regale su tutto il suolo, vedesi dal re esercitato un diritto eminente su queste terre comunali, e da lui ceduto a qualche signore o monastero, ma si intendevano sempre eccettuati i diritti dei comunisti di provvedere su quelle ai loro bisogni. I giuristi dicevano questi diritti inviolabili, come

---

(1) Cassani, *Le partecipanze di Cento e Pieve*, 1878; Valenti, *Il rimboschim. e la proprietà collettiva nell'Apenn. marchig.*, 1887; *Inchiesta agraria*, XI, t. II, 487; Foglietti, *Docum. dei sec. XI e XII per Macerata*, 1879; Mulas, *Origine e uso degli Ademprivi*, 1862; Marangoni, *Ademprivi.* nell'*Encicl. giurid.*

gli altri *jura civitatis*, essere di diritto naturale, potérli difendere colla forza: cosichè quando i baroni napoletani occuparono tutta la parte dei terreni comuni, gli usi civici se non di fatto certo di diritto rimasero intatti. Ogni cittadino aveva la sua quota ideale. I re furono generalmente inclini a difenderli. Se Alfonso I li contrariò, li appoggiò Ferdinando I (1483) che soppresse le *difese* dei baroni ossia i terreni che questi volevano sottratti agli usi civici, ridusse le *bandite* per caccia. Carlo V li dichiarò imprescrittibili. Sotto i Borboni sorsero però altre difese coll'assenso regio, delle quali ciò che sopravvanzava dall'uso dei cittadini si poteva locare o fidare. Nel 1783 si ordinò fossero le terre delle università censite e coi censi si sgravassero i nullatenenti dal pagamento delle imposte, osservando che i terreni lontani fossero censiti ai facoltosi, i vicini ai poveri: si stabilì che una parte fosse data ai cittadini non possidenti per pascolo col pagamento di una tenue fida. I Francesi cercarono regolare la ripartizione fra i cittadini; i Borboni ne tentarono l'abolizione però dietro compenso e ora solo una piccola parte sopravvive di questa grande proprietà pubblica.

La Sila, di origine romana, dai Normanni e Svevi fu infeudata alla Badia di S. Giovanni in Fiore in parte (Sila Badiale) e in parte incorporata al demanio dello Stato (Sila Regia). L'una e l'altra fu soggetta a occupazioni temporanee e permanenti e a infeudamenti da parte di privati e di chiese: Aragonesi, Borboni e Francesi la protessero escludendola dalla divisione dei demanii. Due leggi del 1876 e 1880 ordinarono la devoluzione di una parte allo Stato, la cessione di altra parte ai Comuni e altre quote dichiararono libere e assolute proprietà dei loro possessori e per altre favorirono l'affrancamento. — Il Tavoliere subì pure replicati attentati da parte dei baroni, finchè Alfonso I lo riscattò, ne fece un cespite di finanza pel demanio dello Stato, affidandolo ai pastori di Puglia ed Abbruzzo. Nel 1798 si permise dissodarne alcune parti. Nel 1806 fu disposto di dare a censo o enfiteusi perpetua parte di quei 300 mila ett., concedere la facoltà del riscatto od affrancamento, sciogliere le servitù; si cercò anche provvedere perchè quelle terre non si accentrassero in poche mani e servissero pel bene generale. Nel 1817 furono vietati gli affrancamenti e i dissodamenti, che solo nel 1865 furono agevolati (1).

In Sardegna, le acque, le foreste, i pascoli erano degli abitanti. Quando l'occuparono gli Aragonesi, tutte queste terre furono infeudate, e agli abitanti fu lasciato solo quanto era indispensabile al sostentamento con obbligo di corrispondere servizii e prestazioni. Nel 1693 queste terre furono regolate da Filippo re di Spagna che ne assegnò una parte in dotazione ai Comuni (beni ademprivi) e con parte formò il Regio demanio. I comunisti li esercitavano *ut singoli* o *ut universi* per mezzo di stabilimenti pastorali od agricoli. Vi erano anche certi diritti di pascolo, detti di *cussorgia*, coll'onere di fare la polizia dei paesi. Carlo Alberto ne cercò l'abolizione riscattando i feudi. Con legge 1865 fu provvisto all'affrancamento; e con altra 1873 fu autorizzato il governo a vendere.

(1) Tutte le leggi sulla Sila e Tavoliere v. in Teti, *Regime feud. e sua abolizione*, 1890, p. 529-588.

CAPO XXIV.

I BENI DELLE CHIESE E ALTRE SPECIE DI MANOMORTA.

216 (*). La Chiesa che ai tempi apostolici aveva sprezzata la proprietà come contraria alla natura umana e ai precetti evangelici, lasciato quel mistico e vago socialismo bandito dagli antichi, si fece valida fautrice degli interessi individualistici della proprietà fondiaria, propugnò lo scioglimento dei vincoli famigliari e cercò costituire per sè un ricco patrimonio, regolato da norme speciali, fra cui prima quella della inalienabilità. Favorendo le donazioni *mortis causa* e i testamenti, come le donazioni *inter vivos*, ricevendo dai re grandi largizioni, specie delle terre già appartenenti al fisco imperiale, accumulando le *doti* portate al monastero da chi vi faceva professione, e quelle largite dai fedeli, in seguito a penitenze pubbliche e le altre carpite ai morienti a danno degli eredi costretti a darsi ai furti e ai latrocinii (come dice Carlo M.) non chè spesso le sostanze degli intestati, ai quali, se non avevano lasciato un dono agli altari, i vescovi negavano la sepoltura religiosa come a figli ingrati e scellerati verso la Chiesa, infine coi prodotti delle decime rese obbligatorie da Carlo M. sui frutti della terra e i prodotti degli animali e di ogni lavoro — le chiese vennero in possesso di una sostanza enorme, incredibile.

Al v sec. il possesso ecclesiastico era già grande; al vii in Francia 1|3 del suolo era nelle mani del clero: al ix in Italia metà di tutto il suolo era proprietà delle chiese (Giesebrecht): al xii lo stesso avveniva per la Germania e l'Inghilterra. Cassino, Farfa avevano dominii regii. S. Germain des-Prés nel ix sec. possedeva 8000 mansi cioè 429, 987 ettari (Guérard); Luxeuil, Fulda 15000 mansi (Roth). La ricchezza giunse nel sec. xi a tal punto che Papa Leone IX ordinò ai monaci di dare metà dei loro averi alle chiese locali. A migliaia contavano servi e dipendenti che secondo i Concilii (Agde 506, Toledo IV) non potevansi manomettere gratuitamente, ma solo dietro cambio con altri servi o con altre terre. Anche per dir. long. in tutti i cambi fatti dalle Chiese do-

---

(*) **Bibliografia.** — Mamachi, *Diritto della Chiesa di acquistare e possedere*, 1770; Campomanes, *Regalia di ammortizzazione*, 1767; Adami, *Raccolta di leggi e statuti sui possessi ed acquisti delle manimorte*, 1767; Matagnini, *Sulla legislaz. antica pei beni di manomorta in Italia* (memoria del 1770 redatta da A. Manno), *Miscellanea di storia ital.*, XIX, 1880; Lombardi, *I possessi plebei e la manomorta*, 1883, p. 28 segg., 97 segg.; Scaduto, *Stato e chiesa nelle Due Sicilie*, 1887, 616-646; Loening, I, 195 segg.; II, 632 segg.; Friedberg, *De finium inter eccl. et civit. regund. jud.*, 188 segg.; Pertile, § 146; Felix, *Der Einfluss d. religion auf die Entwick. d. Eigenthums*, 1889, 207-248; Bianchini, Poggi.

vevasi dal giudice constatare che il luogo pio ne aveva avuto vantaggio (Del Giudice, *Tracce*). Per coltivare questi colossali dominii era una necessità della Chiesa mantenere il servaggio (§ 153). I Templari assorbirono ancora una vasta proprietà: e maggiore ancora i Gesuiti in Piemonte, Parma e Napoli: quando furono soppressi, in Toscana avevano 146 mila scudi di rendita, a Napoli 208,000 ducati. Nel 1778 la rendita del clero saliva a Napoli a 9 milioni di ducati (Bianchini). I soli conventi soppressi di frati e monache durante il dominio francese furono 210 e diedero allo Stato una proprietà di 150 milioni di ducati. In Toscana detta rendita si calcolava a 12 milioni di scudi (Zobi) e in Sicilia nel 1848 a 12 milioni di lire. A Venezia dove severe misure si erano sempre prese contro la manomorta ecclesiastica, questa saliva nel 1768 a 150 milioni di ducati ossia 500 milioni di lire. Nel 1866 la proprietà ecclesiastica si computava per tutta Italia a miliardi.

I danni che venivano alla ricchezza nazionale da sifatto accentramento della proprietà immobiliare e dall'immobilità di tanti beni sottratti al commercio (donde il nome di *manomorta*) furono presto avvertiti. In Oriente si presero disposizioni prima che in Occidente, ma pare non esista veramente alcun rapporto di figliazione fra le leggi italiche e quelle dell'Imperatore Foca. Re Roggero di Sicilia fu il primo a vietare agli ordini religiosi, che non corrispondevano tributi o servizio militare allo Stato, di acquistare beni allodiali per successione o contratto, e a disporre che i beni lasciati si vendessero entro un anno pena la confisca in favore dei luoghi sacri che pagavano le gravezze. Federico II ripetè questa legge, che per la Sicilia confermò Federico III d'Aragona, ma che per Napoli fu abolita dagli Angioini che favorirono gli acquisti delle chiese, le ammortizzazioni dei patrimonii ecclesiastici, li esentarono dai tributi, rinunziarono alle rendite annuali delle sedi vacanti. Delle repubbliche italiane sono celebri i provvedimenti presi da Modena nel 1327, da Venezia nel 1329, da Padova nel 1339, da Treviso nel 1362, con cui ordinavasi agli istituti ecclesiastici e pii di vendere entro un termine da 2-10 anni tutti gli immobili lasciati ad essi in proprietà od usufrutto. — Poi quasi tutte le repubbliche sottoposero alle imposte e collette i beni delle chiese che avrebbero dovuto essere esenti. Firenze nel 1307 non recedè nemmeno davanti la scomunica dall'imposizione di una tassa militare al clero sui suoi beni. È a tutti nota la controversia fra la Repubblica veneta, Paolo Sarpi e Paolo IV per le misure prese dalla Serenissima contro la manomorta, e l'interdetto che ne seguì. Nel Napoletano al sec. XVIII si cercò più volte sciogliere i grandi patrimonii accumulati per le chiese, vietando le donazioni illimitate, ordinandone la conversione. Nel 1712 la città di Napoli chiese a Carlo VI restringere i diritti delle chiese ad acquistare; nel 1738 vietaronsi i testamenti dell'anima, *ad pias causas*, con cui ecclesiastici assumevansi facoltà di disporre

per taluno morto intestato (v. § 253): nel concordato 1741 si sottoposero le chiese ad imposte: nel 1769 si richiamarono in vigore le antiche leggi di ammortizzazione, vietando a manomorte acquistare per contratto o atto di ultima volontà, ricevere danaro contante o comprare immobili. Nel 1771 e 1776 si ordinò che i beni ecclesiastici fossero dati in enfiteusi e i dati si tenessero come beni liberi, che mai si aumentassero i canoni e l'enfiteuta fosse libero di vendere il proprio diritto. In Toscana nel 1751-1769 proclamavasi l'incapacità delle manomorte ad acquistare e disporre: per impedire le frodi vietavasi ai sacerdoti essere eredi fiduciarii, tutori, esecutori testamentarii. In Lombardia molte leggi giuseppine suonarono sfavorevoli alla proprietà ecclesiastica. La soppressione della Compagnia di Gesù fu pure seguìta dall'incameramento dei suoi beni, come in Germania e in Inghilterra si era fatto pei beni monastici al tempo della Riforma. Gli Enciclopedisti in Francia, gli economisti in Italia tonavano contro la manomorta tutta e specie quella del clero, dannosa all'agricoltura e alla proprietà economica. Nel novembre 1789 i rappresentanti del terzo stato a Parigi la dichiararono proprietà nazionale: al che rispose Carlo Emanuele IV di Piemonte abolendo nel 1797 ogni ostacolo agli acquisti del clero. Ma la nazionalizzazione delle terre ecclesiastiche seguì le vicende delle armi francesi e fu proclamata nel Piemonte 1799, a Napoli 1806, ecc., ovunque tolto in Sicilia. Ma venuta la reazione, anche questa politica economica parve sacrilega e fu ripudiata: e si tornò alla libertà di acquisto e nel Concordato del 1818 fra il Papa e il re delle Due Sicilie si diede facoltà alle chiese di comprare anche senza autorizzazione sovrana. Così rapidamente si ricostituì un'immensa manomorta che fu colle leggi di soppressione degli ordini religiosi e con quelle di conversione del 1867 definitivamente abolita.

217. Altre manomorte erano sorte attorno agli ordini cavallereschi (come quello di Malta, dei Templarii, di S. Lazzaro in Sicilia, di S. Stefano in Toscana, di S. Maurizio in Piemonte, di S. Contardo a Modena, ecc.), i quali offrivano elemento alle ambizioni dei cittadini e suscitavano nuovi ostacoli al libero commercio delle terre. I cadetti delle famiglie magnatizie e i nobili di infimo grado che desideravano raggiungere il lustro dei feudatarii, si applicavano al sistema di entrare in questi ordini dove ricevevano privilegi e onori, ma dovevano accomendare alcuni fondi capaci di provvedere al loro mantenimento e che divenivano inalienabili. Imperocchè il dominio si trasferiva interamente nell' Ordine che non poteva disporne e al cavaliere restava l' usufrutto il quale dopo la sua morte passava ai chiamati nell'atto di fondazione ed, estinta la linea, ricadeva all'Ordine. Anche queste commende furono soppresse sotto la dominazione francese e i beni incamerati;

ma dopo il 1815 questi furono in parte restituiti e quelle ristaurate nella loro antica costituzione: così a Napoli e in Toscana.

I monti di famiglia furono altra forma di manomorta molto comune. La mancanza di sicurezza dei diritti e specie del possesso e l'essere la proprietà esposta alle violenze dei potenti e non garentita da un regolare funzionamento della giustizia pubblica, fece sì che i privati si unissero in varii ordini secondo l'arti e mestieri, mettessero in comune tutti o parte dei loro averi a fin di provvedere a sè e ai figli. Da ciò sorsero i monti che erano complessi di proprietà vincolata che doveva restare addetta a taluni usi e prestazioni secondo gli statuti de' loro fondatori. In tal modo pure si moltiplicarono i beni addetti a perpetuità, male amministrati, mai migliorati, con danno della ricchezza pubblica. Nel 1809 furono soppressi nel Napoletano, ma nella fretta si divisero molti monti destinati a scopi di beneficenza. Questi ultimi *montes pietatis* (il primo data dal 1463 a Orvieto e molte città ne ebbero uno prima della fine del sec. XV) erano formati con piccoli capitali raccolti, che, distribuiti in tenui prestiti, dovevano servire quale rimedio contro la sfrenata usura. A poco a poco per gli interessi del denaro prestato (il 10-15 0[0 annuo) per doni e lasciti accumularono una cospicua ricchezza vincolata a perpetuo dominio. Il concilio di Trento li mise sotto il controllo dei vescovi, i papi li favorirono e ne crearono anche in questo secolo: e questa protezione li salvò dalla censura per prestito usurario, malgrado che molti ricevessero depositi, facessero grandi operazioni e speculazioni (*monti frumentarii, misti*) e per ben poco si distinguessero dai *monti profani*, che erano vere banche di depositi e prestiti, banchi per azioni, molto usati specialmente negli Stati pontificii, a Venezia e a Firenze nei sec. XVI-XVII (1).

Alla manomorta appartengono ancora i feudi, i fedecommessi, i maggioraschi, ecc., i beni delle Università, i demanii della Corona, le sostanze dei corpi morali, ecc.

CAPO XXV.

LIMITAZIONI AL DIRITTO DI PROPRIETÀ DA PARTE DELLO STATO.

218. Ciò che si nota nella nuova proprietà che si sviluppa nelle società germaniche, è la persistenza dell'elemento sociale che nel mondo romano era quasi scomparso per far prevalere soltanto l'interesse individuale. Non solo il nuovo proprietario era tenuto a

(1) Endemann, *Studien in der Romanisch-kanonist. Wirthschafts- und Rechtslehre*, I, 1874, 423-470.

certi obblighi verso il gruppo sociale cui apparteneva, derivanti dall'antica collettività, ma il suo diritto era e rimase condizionato a molti limiti di vicinato, di prelazione, di ricupero per causa di parentela, di investiture ereditarie, di rotazioni obbligatorie, di restrinzioni nell'alienazione, di espropriazioni. Quando la comunità sciolse i vincoli antichi, i diritti che le competevano furono ereditati dal potere regio, che, come presso i Franchi, fece valere un diritto ideale, eminente, una regalìa su tutto il suolo (1), in virtù del quale il re era ritenuto proprietario di tutte le terre abbandonate o *nullius*, nonchè di quelle di *marca*. Egli ne aveva la signoria (Schroeder), come aveva diritto di caccia per tutte le terre private, ed era il signore delle acque, canali, strade.

Il concetto di questa regalìa è certo germanico, ma si sviluppò a preferenza presso i Franchi in causa del modo con cui avvenne la conquista delle Gallie, e quale estensione e applicazione del concetto romano che le terre delle provincie fossero proprietà dell'impero. I Franchi fondarono su questo principio tutto un sistema politico e finanziario; ed esso fu il punto di partenza delle regalìe del diritto di caccia e di pesca, delle secolarizzazioni dei beni ecclesiastici, sui quali competeva al re un diritto eminente (2), delle espropriazioni di terre fatte *in utilitatem regis* senza compenso (Fahlbeck), delle assegnazioni di diritti di pascolo e di caccia (Sickel), e degli stessi di proprietà (Fahlbeck) che il re faceva a terzi sopra terre che non erano del fisco, ma appartenevano a chiese o a privati, delle autorizzazioni che concedeva ad estranei di essere compartecipi dei vantaggi dei *commarcani* (3), ecc. Questa regalìa del suolo trovava soltanto un limite, e non sempre, nei diritti che erano di competenza della famiglia.

219 (Regalìe (*)). Questo concetto germanico che il re (ossia la comunità) ha il dominio del suolo, si fuse fin da principio colla teoria dei giureconsulti romani sui diritti maiestatici e cogli isti-

---

(*) **Bibliografia.** — Hüllmann, *Gesch. d. Ursprung d. Regalien in Deutschl.*, 1806; Strauch, *Urspr. u. Natur d. Regal.*, 1865; Heusler, § 74; Pertile, § 147. E gli autori antichi Peregrinus, Ziegler, Sixtinus, Bocerus, Carpzovius, De Luca, ecc.

---

(1) Schroeder, *Die Franken. Z. f. R. G.*, XIV, 62 segg., 77 segg.; *R. Gesch.*, 202; Waitz, II, 1, 308, IV, 135; Inama Sternegg, I, 94, 115, 281; Fahlbeck (cit. § 110), pag. 177; Lamprecht, *Deuts. Wirthschaftsleben*, I, 103.

(2) Waitz, IV, 153-164, 183 seg., 212 segg.; Loening, I, 638, 689; Heusler, I, 318; Schroeder, *R. Gesch.*, 141 segg., 157, 204 seg.; Sickel, *Zur Gesch. des Bannes*, 1886. Cfr. anche op. cit., § 117.

(3) *Lex sal. de migrantibus*. Gierke, *Z. f. R. G.*, XII, 436 segg.

tuti pubblici relativi (1), fusione che divenne completa nel sec. XII, con Federico I, modificandosi però il carattere di quel dominio e di quei diritti, poichè da politici e da attributi della sovranità dello Stato si resero patrimoniali, prerogative della persona regia, alienabili, prescrittibili. Al medio evo feudale appartengono l'idea di uno stato patrimoniale e quella inerente delle regalìe — ossia l'uso di cose pubbliche a utilità privata e a vantaggio patrimoniale e personale del re.

La parola *regalìa* comparve la prima volta, non nel significato generico di *fiscalia*, ma in quello che ebbe nel medio evo nel concordato di Worms, 1122, e indicava i privilegi temporali concessi alle chiese dall'imperatore. Il trattato di Roncaglia, 1158, fra Federico I e i Comuni stabilì quali fossero le regalie in questione, e in esse nominaronsi molti diritti di natura pubblica e altri di natura privata quali proprii dell'imperatore e attributi della sovranità. Tale costituzione redatta dai Glossatori (Bulgaro) che perdè poi il suo valore politico in Italia per la pace di Costanza, 1183, ma conservò grande importanza dottrinale e in Germania valeva come legge dell'impero anche quattro secoli dopo — dichiarava diritti regali « le strade pubbliche, i fiumi navigabili, i porti, le rive, le monete, i dazii, le multe, i beni vacanti e i confiscati agli incestuosi, ai proscritti e ai rei di lesa maestà, le miniere preziose, le saline, la pesca, la nomina dei magistrati, ecc. ». Così tutte queste cose, pur restando alle loro destinazioni rispettive, divenivano cespiti del patrimonio del re che le poteva donare, vendere, impegnare, concedere temporaneamente, come sostanze del suo patrimonio privato. Si videro quindi anche quei diritti come quello della moneta (2), che i Romani e gli antichi Germani che da essi l'avevano appreso, avevano ritenuto inalienabile ed esclusivo attributo della sovranità, — essere fatto oggetto di concessioni e di commercio: i diritti maiestatici più importanti spartiti e trattati come parti insignificanti del patrimonio privato.

Le regalìe che modificavano l'esercizio del diritto di proprietà, erano quelle relative alle strade, alla caccia, alla pesca, alle miniere, alle acque, al mare, ai fiumi, ai lidi, ai ponti, ai pedaggi, ai boschi, ai pascoli, alle saline, ai tesori: — molte altre riguardavano certe industrie, produzioni e monopolii. I giuristi e i Came-

---

(1) Gerber, Eichhorn, Walter, Zachariae e Mittermaier vogliono che le regalie siano altra cosa dai *jura maiestatis*. Ma non pel medio evo ciò può dirsi. — Queste regalie sono però altra cosa dal *diritto di regalìa* che i re esercitavano sui beni delle abbazie e vescovati vacanti, che solevano tenersi per un anno e un giorno.

(2) Salvioli, *Diritto monetario italiano. Enciclop. giurid. ital.*, v. *Moneta* (estratto pag. 41 e segg.).

ralisti del sec. XVII avevano annoverato queste fra le regalìe minori perchè alienabili o transeunti; in esse comprendendo proventi del fisco piuttostochè attributi della suprema maestà, da cui derivavano le regalìe immanenti o maggiori (moneta, giustizia, ecc.). Avvertivano anche che nella Costituzione di Federico II, non erano comprese tutte, perchè tutte non possono determinarsi nascendo dai tempi e da altre circostanze (De Luca). Finchè prevalse il concetto patrimoniale dello Stato, le regalìe furono considerate quali parti del demanio della corona, ma nei diritti moderni sonosi spogliate di questo carattere, rappresentano diritti dello Stato e della sua sovranità e sono parte della pubblica amministrazione, la quale le esercita a vantaggio dello Stato sia direttamente sia per mezzo di privati concessionarii (1).

220 (Foreste, caccia e pesca (*)). Conseguenza del diritto eminente che ebbe il re sulle foreste comuni, fu la facoltà che egli ebbe di porre *in bannum* quelle che voleva, cioè di convertirle al suo demanio (Waitz), e di esercitare su quelle come sui pascoli la caccia (Schroeder, Arndt). I grandi seguirono l'esempio del re e vollero cacciare sulle terre dei privati, e imitarono anche l'esempio di lui, quando chiusero le loro terre alla caccia, fecero le bandite e le difese in proprio vantaggio; cosicchè mentre in principio la caccia era libera ovunque, salvo che nei *gahagi* o dominii del re, finì per divenire un diritto riservato a pochi, i quali minacciavano severissime pene a chi non munito di licenza si permetteva di tendere una tagliola od uccidere un uccello. Così anche pel pescare. Viceversa essi potevano scorrazzare nei campi altrui, distruggere i seminati, rovinare i raccolti. Quanto più si estendeva il feudo, altrettanto crescevano i territorii soggetti al diritto di caccia dei signori. Nelle terre che concedevano a precario, si riservavano la caccia; nei piccoli allodii circostanti ve l'esercitavano per usurpazione. Intanto l'esempio passò dai grandi ai piccoli, e al tempo dei Comuni furono autorizzate anche le piccole *bandite;* e la caccia si considerò come un'appendice della proprietà. Solo nel Napoletano, per la grande estensione degli usi civici, non ebbero efficacia le rigorose leggi venatorie a danno

(*) **Bibliografia.** — W. Sickel, *Zur Gesch. des Bannes*, 1886, p. 41-50; Stieglitz, *De iure venationem exercendi in Germ. usque ad s. XVI*, 1828; Faidez, *Hist. du droit de chasse en France, Allem., Angl.*, 1877; Landucci, *Caccia* nell'*Enciclop. giurid. ital.;* Schupfer, *Allodio*, n. 38; Pertile, III, 387 segg.; Avolio, *Leggi siciliane intorno alla caccia*, 1800; id., *Intorno alla pesca*, 1805; Martinelli, *Legislazione sulla pesca in Italia*, 1883, p. 40-93.

(1) Laband, *Deutsch. Staatsrecht.*, II, 295; Bluntschli, *Allgem. Staatsrecht*, 5ª ed., 1877, II, 501, 524.

delle popolazioni. Qui le *feræ bestiae*, dicevasi, sono *res nullius*. Ognuno può farle proprie come primo occupante: i cittadini avevano indistintamente diritto di caccia, di pesca, nè il barone poteva vietarlo. I giuristi interpretarono le concessioni dei Normanni in un senso restrittivo, dicendole espressioni *de stylo* cioè che non comportavano diritti proibitivi contrarii all'uso naturale. Ma nel 1784 venivano caccia e pesca permesse solo a chi aveva licenza dal re o dal barone che aveva avuto dal re infeudate le terre con tal regalìa, rievocandosi pochi anni prima dell'89 il puro concetto feudale. I Comuni e i governi successivi ereditarono quest'istituto della regalia di caccia e di pesca, ma la trasformarono nelle sue applicazioni avvocandola allo Stato, perchè l'autorità quella e questa disciplinasse e facesse servire al pubblico interesse; e d'allora l'elemento di polizia che si esplicava in licenze, in regolamenti sulle epoche della caccia e pesca, sugli animali che si potevano prendere, sugli istrumenti permessi, ecc., andò sempre più prevalendo, finchè ai giorni nostri divenne se non l'unico, certo il predominante. Il che non vuol dire che si abolissero le bandite; poichè oltre le regie restarono le feudali (specie in Toscana e Piemonte) e restò ai feudatari il diritto di esclusiva pesca nei laghi e lungo le coste del feudo. I primi tentativi di abolizione delle bandite « per dare a tutti la naturale libertà di caccia e pesca » furon fatti da Pietro Leopoldo di Toscana, 1772, che soppresse i monopolii di pesca e restrinse le privative di caccia (Pertile, Poggi). Per opera delle leggi francesi l'abolizione divenne generale; e il diritto di caccia si trovò d'allora restituito alla proprietà (il che fece anche la Costituzione siciliana del 1812) ma con freni e licenze e limitazioni stabilite in apposite leggi.

221 (Il sottosuolo (*)). Nella legislazione giustinianea si era affacciata l'idea di regalìa del sottosuolo, e chi scavava marmi, metalli, arena era tenuto ad obblighi precisi di un canone verso il fisco e a restrinzioni in quanto alla vendita (contro Poggi e Windscheid). Il sale poi era monopolio imperiale. Gli Ostrogoti svilupparono e spinsero oltre questi principii, attribuendo al fisco regio un diritto esclusivo su tutti i metalli e marmi non che sui

(*) **Bibliografia.** — Poggi, *Discorsi econom. stor. giurid.*, 1861, 367 segg.; Abignente, *Il sottosuolo*, 1886; *La proprietà del sottosuolo. Annali di agricolt.*, 1888; Traina, *Legisl. miner. in Italia*, 1873; *Leggi, decreti concernenti le sostanze minerali*, Torino, 1861; Grueter, *De regali metallor. iure*, 1867; Virnich, *De iuris regal. metal. origine*, 1871; Arndt, *Zur Gesch. u. Theorie des Bergregals u. Bergfreiheit*, 1879; Böhlau, *De regal. not. et salinar. iure*, 1855. Per la Germania, Sperge, Ksotzsch, Schmidt, Sternberg, Schaumann, Ermisch, 1887; Weiske, *Zeits. f. d. R.*, X, XII, Steinbeck, *id.*, XI; Zachariae, id., XIII (sul sale); Pertile, III, p 403.

tesori trovati. Pare, almeno per l'Impero franco, che qui prevalessero analoghi concetti perchè trovasi nel sec. IX (*Ordinatio imperii*, 817) gli stessi canoni pagarsi da quelli che avevano miniere e anche nella prima metà del medio evo vedesi il sottosuolo non essere proprietà esclusiva di chi aveva la superficie. Se così è, ciò anche indipendentemente dalle idee romane, rispondeva alle grandi limitazioni cui sottostava la proprietà e al concetto della regalìa del suolo spettante al re, il quale poteva tenere nel regio dominio miniere e saline; e se non le esercitava esclusivamente, ciò dipende dallo scarso sviluppo di queste industrie (1). Il re aveva il diritto di mettere sotto il suo banno tutti i tesori della terra e sfruttarli per sè o per altri, e nessuna miniera poteva essere esercitata senza il suo permesso: e come gli imperatori di Germania alienarono le altre regalìe o le infeudarono, così fecero anche per le miniere, concedendo a chiese o a laici quelle già in attività, o autorizzandoli a scavare sopra fondi altrui. Al secolo XII, come causa la scarsezza dei metalli e il bisogno di provvedere alle risorte industrie e commerci, si ricercarono e si lavorarono le miniere, vedesi dominante il concetto della regalìa, della privativa che il re o per lui i signori avevano di scavare per conto proprio o di fittare ad altri l'escavazione delle miniere tanto nei fondi pubblici che nei privati: però seguendo un concetto romano che l'oro e l'argento soltanto sono nobili e degni della prerogativa regia (2), fu esteso il diritto di regalìa solo a questi due metalli e al sale per la sua importanza. Così fece Federico I nella Costituzione di Roncaglia, 1158, quando annoverò i diritti e le cose regali. Regalìa sull'argento praticarono i Pisani in Sardegna, il vescovo di Trento (1185) e di Bergamo, il patriarca d'Aquileia, i duchi di Savoia, ecc. Miniere d'argento donò Enrico VI ai Pisani e Comita II d'Arborea, 1131, donò ai Genovesi metà delle vene argentifere, promettendo poi il quarto delle altre nel regno di Torres quando l'avesse conquistato. In teoria anche il sale faceva parte dei diritti regali, il che non vuol dire che il re sempre esercitasse le saline; anzi la insufficienza dell'amministrazione non permetteva per lo più disciplinare questa industria e commercio.

Risorto il diritto romano i giureconsulti discussero la questione delle regalìe e quanto armonizzavano col giure romano, qual forza derogatoria avesse la legge feudale sulla civile, se il

---

(1) Maurer, *Einleitung*, § 48; Schroeder, *Die Franken*, 80; *Rgesch.*, 190; Arndt, 56, 181, 209 segg.; Heusler, I, 369. Invece l'antica opinione di Waitz, Eichhorn, Walter, Hüllmann, Pertile è che la regalìa di miniere fosse ignota al tempo antico e si introducesse al sec. XI.

(2) Salvioli, *Dir. monet.*, pag. 6, 11-17, 30.

diritto di regalìa distruggesse in tutti i casi i diritti del padrone del suolo sulle miniere. Anzi tutto i Glossatori ritenevano che a Roma si avesse assoluta libertà di scavar miniere; e fu Cino da Pistoia che male interpretando il diritto romano, formulò la massima « cuius est solum, ejus est ad coelum usque ad inferos » (Abignente). E nel sec. XVI alcuni (Afflitto, Sistino, Cepolla, Farinaccio) affermavano la l. *de cunctis* (l. 3, Cod. XI, 7) riguardasse solo le cave dei marmi e tendesse esclusivamente a favorire gli abbellimenti delle città; però ammettevano la decima romana sopra ogni genere di metalli scavati. Così riducevasi la regalìa alla facoltà di poter concedere l'escavazione anche sui fondi altrui e all'esazione del tributo signorile, con libertà ai proprietarii di scavare pagando la decima. Ma altri (Peregrino, Richeri) ispirandosi ai concetti germanici, allegando la pubblica utilità dell'estrazione, sostenevano che i proprietari non avevano facoltà di far scavi senza la previa licenza del principe.

I sistemi seguiti dalle legislazioni dal sec. XIV, specie in Piemonte, Venezia, Firenze, si attennero a preconcetti romani e medioevali in quanto distinguevano tre specie di metalli: i preziosi, i mezzani (ferro, rame), i vili (creta, pietra, arena): assegnarono i primi al dominio del principe in qualunque luogo si trovassero, vietandone ricerca e scavo senza sua licenza, ma ottenutala, nulla attribuendo di compenso ai proprietari dei fondi; lasciarono i secondi nel pieno e libero dominio dei privati quando fossero trovati nelle loro terre; preferirono i proprietari dei vili nell'escavazione, purchè pagassero la decima al fisco: se non volevano scavare erano ammessi i terzi coll'onere di un compenso ai proprietari. Questo sistema che trovò un apostolo nel Cardinale de Luca, durò fino alla 2ª metà del XVIII sec., che intese sopprimere i vincoli feudali, mercantili e fiscali sulla proprietà fondiaria e ristaurare libertà economica, eguaglianza civile. Leopoldo di Toscana (1780) autorizzava chiunque a scavare nel proprio suolo e anche nell'altrui col consenso del proprietario, salvo ad adempiere alle condizioni pattuite in ordine al riparto, abolì le regalìe (1788) sui metalli preziosi che fino allora eransi considerate diritto inalienabile della sovranità. Nel Napoletano e in Sicilia i re normanni nelle concessioni dei feudi erano soliti riserbarsi le miniere e saline che stavano comprese nel demanio, e il sistema della regalìa vi ebbe vigore sotto gli Svevi e gli Angioini. Però in Sicilia per le cave di zolfo e le saline erasi sempre praticata la più ampia libertà, la quale subì le prime restrinzioni sotto la dominazione austro-spagnuola; e da allora si dovè comprare dallo Stato con forti tasse l'esercizio di una miniera.

Delle leggi moderne, il Codice delle Due Sicilie staccandosi dal

francese statuì la proprietà del suolo abbracciare anche quella del sottosuolo con libertà di scavo, ma autorizzò il principe a concedere licenza di scavo a chi avesse i mezzi sufficienti per condurre i lavori, qualora il proprietario non volesse esercitarlo, e con facoltà di proseguirli anche penetrando sui fondi finitimi, dietro compenso e indennizzo. Il Codice albertino considerava i diritti sulle miniere come regalìa, concetto mantenutosi anche nella legge 20 novembre 1859, che non ammetteva alcun diritto del proprietario del suolo sui metalli nascosti, dava allo Stato il diritto di autorizzare gli scavi, regolare l'esercizio delle miniere e ad esso attribuiva un tanto 0|0, e in quanto alle torbiere, sabbie metallifere ne autorizzò la libera coltivazione, riserbandosi la soveglianza solo dal punto di vista della sicurezza e salute pubblica.

In quanto alla regalìa dei tesori trovati, le prime traccie trovansi nelle leggi franche (*Capit. italica*). Sono disposizioni derivanti dal diritto romano (§ 39, Inst. II, 1) ma non con esattezza piena. Volevasi che del tesoro trovato in terra ecclesiastica 1|3 toccasse al vescovo, degli altri 2|3 al fisco 1|3 e 1|3 allo scopritore che doveva poi partire col proprietario del fondo. I re normanni di Sicilia li applicarono interamente al fisco. Ma Carlo II dispose che se il tesoro trovavasi nel proprio fondo spettasse all'inventore, se in luogo altrui si dividesse col padrone o col fisco se la terra era pubblica. Per leggi piemontesi e venete al fisco toccava sempre una quota in tutti i tesori scoperti, e questi concetti si sono mantenuti anche nelle leggi moderne.

222 (Acque (*)). Nel concetto germanico tutti i corsi d'acqua, laghi, stagni, ecc., appartenevano al re (contro Wodon), quale conseguenza della sua regalìa del suolo — assieme alle alluvioni, alle isole e al letto del fiume (che per diritto rom. spettavano ai riveraschi). Egli ne poteva trarre tutti i vantaggi possibili: da ciò la ragione che i pedaggi, i molini e i porti formarono dal tempo dei Franchi e in seguito in Italia, una regalìa; da ciò il principio che i lidi sono nel patrimonio del principe e i molti dazii (*thelonea*) imposti a quelli che navigavano nei corsi d'acqua: regalìe e profitti che poi passarono in possesso dei signori laici ed ecclesiastici e poi delle città, restandone all'imperatore l'alta signoria ideale.

(*) **Bibliografia.** — Pecchio, *De aquaeductu*, 1670; Bosio, *Proprietà delle acque*, 1859; Romagnosi, *Acque. Opere*, t. V, parte I e II; Gianzana, *Le acque nel dir. civ.*, I, 1879 e nel *Digesto* voce *Acque;* Giovanetti, *Régime des eaux*, 1844, trad. 1873; Pertile, III, 376 segg.; Wodon, *Dr. des eaux*, 2 vol., 1874; Championnière, *Revue de legislat.*, XXI; Sclopis, *Consid. sur les usages d'Italie supérieure en matière d'irrigation. Mém. Acad. d. sciences morales*, IV, 289; Lamantia, *Demanio sulle spiaggie sec. antico diritto siciliano. Legge*, 1889.

Il vero contenuto però di questa regalìa non fu formulato che nella Dieta di Roncaglia, coll'intervento dei glossatori Bulgaro e Martino, dove si dichiararono regali i fiumi navigabili o quelli da cui derivano i navigabili, il che era conforme al diritto romano. La pace di Costanza mise le acque nelle mani delle città lombarde, le quali, siccome in quel torno di tempo si iniziavano le grandi opere di agricoltura, estraevano liberamente acqua dai fiumi e la cedevano ai privati: e d'allora i giuristi dissero che i fiumi spettavano all'imperatore, ma erano nel dominio utile delle città e che ognuno poteva pescarvi e costruire molini (Baldo, Cepolla). Però le stesse città, come Milano, vietarono fino dal sec. XIII non solo l'uso dei canali navigabili, ma anche dei fiumi innavigabili e di tutte le acque addette all'uso del principe o del pubblico ovunque esistenti e in luoghi sì mediatamente che immediatamente sottomessi al principe. E poi quando nel sec. XV si ricostituì il demanio pubblico col rivendicare contro i privati e i feudatarii quello che avevano preso, superando i limiti tracciati dalle leggi romane, si resero pubbliche le acque dei piccoli canali o rivi, che potevano confluire nei grandi fiumi navigabili, le acque più interessanti al pubblico uso, e talvolta, come in Piemonte, 1445, a Milano al tempo degli Spagnuoli, a Venezia nel sec. XVI, le acque tutte, dai fiumi ai rivoli. Il qual principio si è mantenuto nella legislazione sarda (e poi nella vigente) che dichiarò appartenere al demanio pubblico i fiumi e torrenti pubblici, senza distinzione di navigabilità o meno; — mentre i Cod. francese, austriaco, estense, parmense e delle Due Sicilie, attenendosi al principio romano, guardavano pella demanialità delle acque all'attualità e possibilità di una destinazione vantaggiosa al pubblico servizio. Dal che si può desumere, come in Italia, dal sec. XIV alla nostra unificazione, abbiano avuto corso due sistemi in materia d'acqua, uno romano che in un certo senso conveniva, oltrecchè agli interessi dei privati, anche alle mire della feudalità; e l'altro germanico, che partiva dall'eminenza dello Stato su tutte le acque, che riguardava l'uso pubblico da un punto di vista più generale, riflettente non solo al commodo della navigazione, ma anche a quello dei vantaggi particolari ed economici delle acque, come irrigazioni, forza motrice, ecc., sistema più conforme all'esigenza della nostra civiltà, alle leggi sociali, alla cultura idraulica. Ciò però non toglie che nel passato avvenissero molti atti di usurpazione sulle acque dei fiumi, che se ne deviasse o impedisse il corso, sfuggendo alla sorveglianza pubblica.

Variava quindi da luogo a luogo la natura dell'acqua privata. Mentre a Venezia acque private non esistevano, in Piemonte le piovane o colaticcie, che scolano per un rivo o si racchiudono in una chiusa, le sorgive naturali e fontanili e i loro capi ed aste

di fonti, i rivi e i ruscelli che attraversano o costeggiano la proprietà, erano ritenute private, ma per le leggi piemontesi chi ne aveva usato, non poteva disperderle, ma doveva abbandonarle alle terre inferiori; a Napoli, in Sicilia e altrove erano proprietà dei privati i rivi e i torrenti che nascono nei loro fondi, non per accessione ma per la loro qualità di *bona vacantia* (Baldo, Paolo di Castro), le acque non navigabili e i ruscelli che nel dubbio si attribuivano ai riveraschi. Era il possesso che formava la legge assoluta, senza riguardo all'origine, se erano cioè antiche acque pubbliche o private (Pecchio). Su queste acque i proprietarii avevano un esclusivo diritto di pesca, di irrigazione, di alluvione, e di costruire molini. — Nelle leggi francesi fu abolito ogni diritto privato e feudale sui fiumi che si sottoposero al diritto romano. Anzi nel 1806 nel napoletano si autorizzò ognuno a deviar acque per irrigazione o altro uso, con approvazione sovrana, se ciò tornava di utile al pubblico; dal che scaturirono poi infinite liti. In Toscana e a Roma non si aveva una teorica delle acque, ma provvidenze speciali suggerite dalle opere di bonifica compiute in quelle regioni.

223. Altre regalìe che significavano limitazioni al diritto di proprietà privata, si ebbero nel medio evo, sotto forma di monopolii su prodotti o industrie a scopi fiscali; altre ne introdussero i Comuni e i governi dopo il sec. XV, a scopo di polizia e di misure economiche. — Da alcuni indizii puossi desumere che al tempo dei Comuni, il principio di un diritto eminente sul suolo non fosse scomparso: ciò vedesi a proposito dei diritti d'uso e di occupazione su beni privati, conseguenti a un'idea di sovranità; nel diritto di martellatura, senza compenso al proprietario, per gli alberi di alto fusto che occorressero allo Stato (Venezia 1470, Firenze 1534, Piemonte 1653); nel diritto del Comune dominante di ipotecare le terre del Comune dipendente e dei privati, o di affittare le terre incolte dei privati; ciò vedesi anche a proposito dell'espropriazione. In quanto all'ingerenza presa dai governi nella cultura dei campi, sia per favorire il benessere e gli interessi cittadini e industrie nascenti, sia per stornare le possibili carestie, sia per impedire le esportazioni e le importazioni innumerevoli, minuziosissimi provvedimenti furono presi, d'ogni genere e molti anche relativi alle culture, ai tempi dei raccolti, ecc. Ne abbondano i nostri statuti. Tali restrinzioni non andarono in disuso che alla fine del secolo XVIII. Sono connesse alle idee allora dominanti nel campo politico ed economico (v. § 125). Anche le locazioni delle case non sfuggirono alla sorveglianza dei governi; e a Napoli (1743), fu vietato crescere i fitti se i locatari pagavano, nè scacciarli se non quando la casa serviva a proprio uso o a fabbrica, affine di reprimere l'ingordigia dei locatori.

224 (Espropriazione (*)). Non ignota al diritto romano, prese l'espropriazione nel diritto medioevale e moderno grande importanza. Sebbene tacciano le leggi germaniche, tuttavia essa era compresa nella regalìa del suolo propria del re, e nello spirito del diritto germanico trovasi la ragione delle sue grandi e quasi eccessive applicazioni che ebbe nella pratica dei Comuni italiani e nella teoria. I Comuni eredi di quello spirito usarono largamente del diritto di espropriare, e al diritto del singolo anteposero sempre il pubblico, il sociale. Anche i glossatori, ligii i più al principio dell'onnipotenza dello Stato, viventi nell'ambiente comunale, ampliarono i concetti romani secondo le idee germaniche, sostennero l'espropriazione anche senza *iuxta causa*, ed esclusero perfino il concetto di un indennizzo. Le quali idee, per essere anche state respinte dal diritto canonico (salvo che si trattasse del papa che doveva avere sulle terre private diritti maggiori dell'imperatore), furono mitigate dalla maggioranza dei postglossatori, secondo i quali (Bartolo, Jacopo di Arena, Fulgosio, Paolo di Castro), la proprietà può trovare nella *publica utilitas* una limitazione più morale che giuridica, la quale può essere attuata nei casi singoli, in forza della *plenitudo potestatis*, che sta nell'imperatore o nei suoi delegati. La proprietà, secondo essi, è un diritto *iuris gentium* permanente, e il sovrano non può offendere i diritti degli altri. Quest'era la dottrina rigida, assoluta, che prescindeva dalla pratica e diciamo anche dalle dottrine politiche. Ma un'altra scuola (Baldo, Butrigario, Alberico da Rosciate, Angelo degli Ubaldi, Decio), sosteneva al contrario che l'imperatore, ma egli solo e non gli altri sovrani, era il solo giudice della pubblica utilità e poteva espropriare come e quando credeva. In una parola anche qui si riflettono le opinioni dei due partiti, i guelfi e i ghibellini. — Solo nel sec. XVI unanime entrò nella dottrina e nella pratica il principio che non esistevano diritti riservati all'imperatore, che tutti i sovrani legittimi potevano fare espropriazioni, ma sempre soltanto *ex legitima, iuxta causa*, che era in teoria preventivamente determinata e dietro compenso. La scienza fece ancora un altro passo e fu quello di staccare l'istituto dell'espropriazione da quelli penali della confisca e rappresaglia. Fondatore di questa dottrina fu principalmente Ugo Grozio. Nei diritti moderni

(*) **Bibliografia.** — Meyer, *Das Recht der Expropriation*, 1868; Stein, *Verwaltungslehre*, VII, 164 segg.; Tamassia, *Il diritto di prelazione e l'espropriaz. forzata negli statuti. Arch. giurid.*, 1885; Gierke, *Althusius*, 1880, p. 268 segg., 297 seg.; *Genossensch.*, III, 617 segg.; Muratori, II, 338 segg.; Pertile, IV, § 143; Bosio, *Dell'espropriaz.*, 1856; Renaud, *Zur Lehre v. d. Naherrecht. Z. f. d. R.*, VIII, 1844, 240-283; Sabbatini, *Legge sulle espropr.*, 1880, p. 24 e seguenti.

l'elemento sociale riebbe la prevalenza, e la proprietà privata ha nella espropriazione forzata per causa di pubblica utilità e specie nelle leggi e piani di risanamento, trovato una grande limitazione.

Questa la dottrina. In pratica, al tempo dei Comuni, era lecita l'espropriazione per far strade, fossa, mura di cinta, opere tutte di vera e pubblica utilità. Il compenso stabilivasi da arbitri: non davasi nelle opere (come strade, canale, argine), che riuscivano direttamente a vantaggio dell'espropriato. Non leggi speciali, e così fino al 1865 in molte provincie si provvedeva caso per caso, secondo l'arbitrio del principe.

La legislazione passata conobbe un'altra forma di espropriazione detta *incremento, ingrossazione, drizzato:* e si aveva non per pubblica causa, ma in favore dei maggiori proprietarii finitimi.

Quando un piccolo proprietario di terra infrapposta a un grande latifondo o racchiusa in esso, frastagliava questo, egli poteva essere costretto a vendere la sua terra a prezzo stabilito da arbitri o a riceverne altra in contraccambio. Così il vicino poteva essere costretto a cedere la sua casa quando il proprietario confinante voleva elevare un palazzo. Era questa un'espropriazione che si accostava a un retratto (§ 226) e avveniva *ex iure consorcii vicinatus, congrui, condominii,* derivanti tanto dalle leggi fiscali romane e bizantine (Tamassia) (e quest'origine vale specialmente per l'Italia meridionale e pel Veneto), quanto nel sistema germanico dei consorzii. Ragioni economiche concorsero a mantenerli. Si volle ricomporre la proprietà, favorire il maggior possessore se non sempre, almeno nel caso della vendita dell'immobile. A Palermo volendosi abbellire la città, pubblicaronsi nella fine del sec. XVI, prammatiche, con cui si autorizzavano quelli che volevano fabbricare palazzi, a espropriare le case circostanti e aggregarsele al corpo principale dell'edifizio, dietro compenso che deputati speciali stabilivano alla ragione dell'8 0[0 sulle pigioni: e questo chiamossi privilegio di Macqueda e Toledo, dalle strade per le quali era stato fatto, che poi si estese anche ai predi rustici e a tutti gli immobili, volendo tutti approfittare delle notevoli eccezioni processuali, della grande economia di tempo e danaro che era congiunto a siffatto privilegio. La qual cosa degenerò poi in tale abuso, che nel 1766, 1782, ad ovviare al difetto di forme legali, disposesi che le vendite col privilegio Macqueda e Toledo dovessero eseguirsi solo in Palermo e sotto condizioni speciali; e così durò fino al 1819 (1). Analoghe a queste erano, sempre per la Sicilia, le vendite statutarie (per la facile circolazione dei lavori) o vendite con cautela di verbo regio o con lettere di perpetua salvaguardia, con cui sciogliervansi le ipoteche e tutte le azioni di dominio.

(1) Lamantia, II, 1, 137 segg.; Tomassino, *Le vendite col privilegio di Macqueda e Toledo*, 1854; Id., *Vendite col verbo regio*, 1859; Castiglia, *Inviolabilità delle lettere di perp. salvaguardia*, 1845.

CAPO XXVI.

LIMITAZIONI ALLA PROPRIETÀ DA PARTE DELLA FAMIGLIA (*).

225. La forma di proprietà dominante presso i Germani al tempo delle invasioni è quella famigliare (§ 24): ossia la proprietà non apparteneva all'individuo ma alla famiglia, la quale esercitava il suo diritto, verso colui (il capo di famiglia, il padre) che la possedeva vietandogli alienarla, donarla o lasciarla per testamento ad estranei. Indipendentemente dai divieti alle alienazioni delle terre private, che conosce il diritto franco, intesi a mantenere numerosa la classe dei liberi proprietari, cioè degli uomini che potevano validamente prestare servizio militare, e prima di essi, — l'antichissimo diritto germanico circondava di grandi guarentigie il diritto della famiglia, e in difetto di essa dei vicini, sulle proprietà private, e di molte limitazioni la facoltà di alienarle fuori del cerchio famigliare. Prima che la proprietà acquistasse importanza pei diritti politici dei cittadini nello Stato, prima che i Carolingi cercassero con opportuni provvedimenti conservare i piccoli possessi, la famiglia in virtù di un suo diritto di comproprietà, i figli in forza di un condominio che avevano coi loro genitori vegliavano alla conservazione del patrimonio paterno (1). I beni

(*) **Bibliografia.** — Lewis, *De origine facultatis heredibus in jur. germ. concessae prohibendi alienat. rerum immobil.*, 1852; Sandhaas, *German. Abhandl.*, 163-206; Schroeder, *Z. f. R. G.*, IX, 410-421; Fipper, *Beispruchrecht. n. altsachs. R.*, 1879; Brünneck, *Die Reluitionklagen aus Verausserungsbeschränkungen im Grundstucke u. Mobilien nach. d. Island. Rquellen*, 1873; *Siciliens*, 110 segg.; Beseler, *Erbverträge*, I, § 5; Zimmerle (§ 34); Schupfer, *Allodio*, § 28-35; Tamassia, *Le alienaz. degli immobili e gli eredi*, 1885; Walter, II, 469-476; Stobbe, II, § 87; Pertile, § 119; Heusler, II, 88-90; Loening, II, 681-686.

(1) Quest'era l'opinione antica, che poi Zimmerle, Dahn, Beseler, Stobbe non accettarono. Essi misero a base del diritto di aspettativa non la comproprietà famigliare, ma la ragione politica. Inoltre Beseler e Miller, *Z. f. R. G.*, XIII, 40 negarono il diritto di aspettativa al tempo delle leggi. Altri, come Sydow, Duncker, *Gesammteigenthum*, 1843, p. 120, ne cercavano la base nella responsabilità della famiglia pei debiti derivanti da delitto commesso da un membro di essa; altri, come Eichhorn, § 57, nell'obbligo che tutti i membri della famiglia avevano di sostenere la faida. Ma più recentemente si è ritornato alla opinione antica che hanno difeso in Germania Gierke, Fipper, Heusler, Schroeder, *R. G.*, p. 263, in Francia Glasson, e in Italia Pertile, Schupfer, Del Giudice, *Vendetta*, 9, Tamassia.

aviti di cui il padre teneva il possesso e la rappresentanza (a differenza degli acquisiti), formavano un tesoro che egli doveva tenere come in usufrutto e non disperdere: questi beni sono detti dalle leggi *comunis facultas, consorcium*, ossia non proprietà privata del singolo ma bene collettivo della famiglia, per la stessa ragione che padre e figli sono detti coeredi, avendo i figli sui beni aviti un diritto vero e proprio di aspettativa radicato nella comunione famigliare. In conseguenza il padre nulla poteva vendere di questi beni se non col consenso dei figli, nè gravarli; ma intatti trasmetterli come li aveva ricevuti. Se avesse alienato, dato in pegno o gravato la sostanza senza l'assenso dell'erede, il suo atto poteva da quest'ultimo essere impugnato entro un anno e un giorno, e questa anche era una causa da cui poteva originare la faida, ritenendosi che chi diminuiva una proprietà famigliare, volesse ledere i diritti dei suoi successibili. Si ovviò a quest' inconveniente volendo che l' erede desse il suo assenso ad ogni atto di vendita o donazione. Nel secolo VI e VII molti per la grande miseria dovendosi spogliare delle terre, e la Chiesa per accrescere il suo patrimonio cercando eliminare queste restrinzioni della famiglia (§ 250), il diritto di aspettativa degli eredi fu assai diminuito di importanza. Così voleva la evoluzione della proprietà; e questa è riprodotta dalle Leggi, che senza sconoscere il diritto di assenso, non riconoscevano in esso nemmeno quel valore che ancora vi annetteva la pratica. Quindi fu facile riguardare il padre come proprietario assoluto di una parte della sostanza, quella che gli spetterebbe se tale sostanza fosse divisa in parti eguali coi figli o quella che gli era rimasta nel caso che avesse diviso coi figli (sia perchè questi si fossero separati dalla casa o fossero entrati in religione) e si accordò che tal parte potesse donare alla Chiesa (L. Baiuv. Loening): poi si ammise che potesse vendere ossia diseredare i legittimi successori, per causa di estrema miseria, di fame: ma si volle che anche in questo caso dovesse offrire la compera della terra all'erede più prossimo. E anche allora nei documenti usavasi notare l'assenso degli eredi; il che fa testimonianza come ancora sopravvivesse l'idea della comproprietà famigliare.

Presso i Longobardi la parentela agnatizia (*fara, linea, genealogia*) era ancora forte: e il diritto successorio mostra come i discendenti maschi e in loro mancanza gli agnati prossimi avessero un diritto sul patrimonio famigliare. Questo apparteneva ai figli, la cui legittima *tota est hereditas*. In seguito la Chiesa fece degli strappi a questo diritto dei figli, sviluppando la successione testamentaria secondo le idee romane; ma anche in queste stesse infrazioni riconoscevasi il condominio famigliare, sia quando il padre chiamava i figli ad assentire alla sua donazione alla Chiesa, o a farla

assieme, sia quando lasciava ai figli l'usufrutto anche della parte donata salvo un lieve canone su essa in favore della Chiesa.

Questo diritto di aspettativa e di assenso andò sempre più indebolendosi come l' unità della famiglia si scisse, e il diritto romano e la Chiesa favoreggiarono con intenti diversi la libera disposizione delle sostanze. Il divieto di alienare decadde e invece si introdusse l'obbligo di offrire la terra al prossimo parente, ossia un diritto in quest' ultimo di preemzione e di far rescindere la vendita conclusa coll'estraneo (retratto gentilizio). Solo coi Carolingi comincia qualunque segno di avversione diretta a ostacoli sifatti infrapposti alla commerciabilità delle terre; ma fu sotto essi che si rafforzò il concetto di proprietà privata individuale a danno del principio sociale e famigliare.

226 (Retratto (*)). La forma precipua e più antica del retratto è quella del gentilizio che deriva dal diritto di assenso dei parenti. Contemporaneamente ad esso nel medio evo se ne sono conosciute e praticate diverse qualità. Il retratto gentilizio divenne importante e diffuso come si ammise che il possessore della terra potesse alienarla in caso di necessità, prigionìa, carestia; allora si agevolò il prossimo erede a far valere i suoi diritti successorii, col comprarla, cioè, se voleva e se aveva interesse alla conservazione della terra avita.

Esso in Italia si affermò anche per essere stato accolto nel diritto feudale e perchè trovava nelle regioni meridionali un istituto fratello, di origine greca, molto diffuso, il *jus prothomiseos*, il quale però non aveva, come il germanico, per fondamento il diritto di famiglia ma una comproprietà artificiale, una specie di solidarietà creata da leggi fiscali bizantine a scopi tributarii.

Il *jus prothomiseos* deriva dall'espediente a cui ricorse la fiscalità imperiale bizantina — dall'*epibolé*, in latino *adiectio, superindictio*, ossia dall'aggregazione forzata di certi fondi ad altri finitimi perchè il proprietario risponda anche delle imposte gravanti i fondi non suoi. Dacchè i proprietarii per le enormi imposte abbandonavano i fondi, lo Stato attribuì la proprietà di questi a chiunque volesse pagarne le imposte, e ove nessuno si fosse offerto, ritenne la curia responsabile del detto pagamento. Così invitando i vicini a impossessarsi dei fondi abbandonati, dichiarandoli solidamente responsabili del pagamento del canone censuario che gravava la circonscrizione, il diritto romano formò fra i proprietarii una specie di società, fra i curiali un consorzio, e indiret-

(*) **Bibliografia.** — Dahlmann, *De retractu legali specialim gentilicio*, 1869; Tamassia, *Il dir. di prelazione* (cit. a § 224); Zachariae v. Lingenthal, *Gesch. d. griech. R.*, § 57-58; Poggi (cit. § 200), I, 169 segg.; Brunneck, p. 110 segg.; Pertile, III, § 119; Heusler II, § 90; Baldi et Matth. de Afflictis, *Tract. de jure Prothomiseos*, 1597; Tiraquello, *De utroque retractu*, 1558; Müller, 1718; Walch, *Naherrecht*, 1795; Renaud cit., § 224.

tamente introdusse un sistema di preemzione in favore di essi, il quale doveva avere lo scopo di impedire che in luogo del vecchio possidente entrasse fra loro una persona nuova, la quale trascurando la coltivazione della terra danneggiasse indirettamente i suoi consorti. Questo diritto di preemzione si esercitava solo sugli immobill e nei casi di vendita, enfiteusi, locazione a lungo termine: non in quelli di donazione. Il termine utile per esercitarlo era di 30 giorni. Se i chiamati ad esercitarlo vi rinunziavano, il diritto passava di classe in classe (Zachariae von Lingenthal, Tamassia).

Il retratto gentilizio fu istituto comune in tutta la penisola e regolato dalla legislazione statutaria e dalla posteriore. La sua origine è germanica ossia è basato sulla comunione famigliare e se lo si trova anche nei paesi in cui non si stese la dominazione longobarda, ciò dipese dal fatto che qui praticavansi altre forme di retratto che avevano molta analogia col gentilizio. Si chiamò nel Napoletano e in Sardegna *jus congrui, jus finale;* in Sicilia *jus prothomiseos* o *consanguineitatis; avocatio* in Corsica; *tentie* ad Aosta; a Venezia e Istria *compera, recupera.* I Comuni scrupolosamente mantennero il retratto gentilizio come mezzo per mantenere la proprietà sotto l'influenza e nel cerchio della famiglia e perchè impediva agli estranei acquistar beni nella città, pei quali acquisti ne danneggiavano poi gli interessi, rifiutandosi di pagare, come stranieri le non poche gravezze dei cittadini. Nei paesi longobardi (Lucca, Bergamo, Padova, Genova) lo esercitava il solo agnato prossimo; in Sicilia il consanguineo in genere, maschio o femmina dove fino al 2° grado dove fino al 6°; ma nell'Italia meridionale confondendo il retratto per consanguineità con quello per vicinanza, lo si attribuiva ai parenti, purchè avessero fondi confinanti con quelli che si vendevano. Il termine per valersene variava da luogo a luogo, da un mese a un anno. Se più concorrevano d'egual parentela, si ripartiva equamente fra tutti l'immobile. In alcuni luoghi non solo la sostanza avita di famiglia era soggetta al retratto, ma anche la materna. A Venezia pel retratto gentilizio vi doveva essere una diminuzione di prezzo (Pertile). — Esso era in vigore ancora nel sec. XVIII. Le Costit. piemont. del 1770 lo avevano conservato: ma otto anni dopo Pietro Leopoldo l'aboliva in Toscana: e nella restante Italia l'abolirono le leggi francesi. In Sicilia scomparve colla legislazione del 1819. E fino a quel tempo nella letteratura giuridica fece testo il lavoro del Tiraquello che sebbene tenesse conto degli statuti italiani, era però quasi tutto informato alla pratica francese. I giuristi italiani poi volendo accomodarlo alle norme romane, ne fraintesero il concetto e non poterono intuire la parte storica dell'istituto.

227. Un altro retratto, che era pure un'altra limitazione alla libera disposizione delle proprietà, era conosciuto dalle antiche leggi: ed era quello derivante dalla propinquità o vicinanza per confine, dalla communione o condominio, dalla coabitazione. Questo retratto è di origine bizantina, è il vero *jus prothomiseos:* ed ebbe suo particolare territorio i paesi grecanici d'Italia, la Sicilia, l'Italia meridionale, il Veneto, l'Istria e la Dalmazia: ma varcò anche questi confini e si diffuse per tutta la penisola, forse anche perchè nei paesi longobardi esisteva qualche cosa

che ad esso si avvicinava e che era un residuo dei diritti dei *vicini*, dei *consortes*, dei *commarcani* (§ 214) sulle proprietà private. Molti statuti italiani non tennero distinti questi retratti dal gentilizio, e fecero del retratto un istituto unico con disposizioni uniformi, che abbraccia però diverse forme di retratto. Quello che i giuristi dicevano *retractus municipalis, seu legalis,* il vero retratto italiano, era però diverso dal gentilizio o germanico in cui predominava la sola idea della parentela agnatizia.

La *contiguitas loci*, ossia la qualità di confinante fu nelle leggi passate un titolo per essere preferito a tutti nelle vendite degli immobili o per far sciogliere quelle vendite nelle quali al confinante non si fosse offerto l'immobile per l'acquisto. Questo diritto era però attribuito solo al confinante per la maggiore estensione; ma solo dopo che nessuno dei parenti aveva voluto valersi del retratto gentilizio. Nell'Italia continentale anche i *comproprietarii*, i *consortes* avevano un diritto di retratto che in certi luoghi potevano esercitare a preferenza degli stessi confinanti. Il diritto di questi *consortes* traeva origine dal modo con cui la terra era stata divisa e la proprietà privata era sorta (1). Il retratto pei consorti trovasi quindi tanto in paesi bizantini che longobardi (Pistoia, Lucca, Firenze, ecc.). Anzi in alcuni luoghi, nei quali del gentilizio non parlasi, era sancito espressamente quello dei vicini (Napoli). Era molto comune per le case. Gregorio XIII (1574, De Luca, *De servit.*, 80 e 100), Francesco III d'Este nelle sue Costit. (1770) lo sancivano espressamente per le case *ex jure consorcii*, *congrui*, *vicinatus*, *condominii*. Prima questo retratto era stato reso anche forzoso (§ 224): molte leggi parlano di un retratto coattivo o gius congruo a profitto di colui il cui predio rustico era maggiore del doppio, per estensione e valore, del confinante. Negli Stati della Chiesa lo si accordava agli inquilini e a chi aveva censo sul fondo venduto. Chi poi ne usava non poteva rivendere dopo poco l'immobile. Per il resto valevano le stesse disposizioni che pel retratto gentilizio. Fu limitato a Napoli nel 1789, in Sicilia nel 1792.

Queste forme di retratto sono andate travolte dalla legislazione francese. Il Cod. estense lo sanciva ancora nel 1851 a prò dei condomini e dei confinanti. Del retratto per condominio indiviso trovasi traccia nell'art. 841 Cod. francese che passò nel Cod. delle Due Sicilie art. 760; in favore del coerede, nel Parmense 975, nell'Albertino 1064 ma fu scancellata dal vigente. Quello per dominio diretto sui beni feudali restò in vigore fino all'abolizione delle leggi feudali: e quello sui beni enfiteutici in favore del domino diretto se l'utilista aliena il suo diritto o viceversa, non fu accolto nelle leggi moderne. Il retratto nobiliare ossia quello che poteva esercitare l'*ordo* dei nobili quando una terra di un nobile era messa in vendita, non fu conosciuto in Italia. Invece fu molto diffuso, specie sotto i Comuni il *retractus ex incolatu*, a cui riescivano quelle leggi restrittive che vietavano la vendita dei fondi urbani o rustici ai forestieri e che obbligavano i proprietarii a smembrare le terre in favore dei concittadini. Era anche noto un retratto testamentario: ma esso poi non era che un testamento condizionato. In alcuni luoghi si obbligavano i

(1) Salvioli, *Consortes*, 26-27. Cfr. Abignente, *Consuet. Salern*., 51.

parenti a comprare i beni confiscati a un individuo del Casato (Urbino, Moncalieri, Sisto IV, 1484): il che sarebbe un retratto gentilizio forzoso. La giurisprudenza poi creò molte differenze fra il retratto e il *jus prothomiseos*, ma nessuna sostanziale.

Questi retratti non avevano luogo che nel caso di vendita: non in quello di donazione, il che dipende dal fatto che, in origine, per questo ultimo caso l'erede poteva protestare e impedirla. Tutto ciò poi andò in disuso e il retratto che non era stato un rimedio allora, non lo fu nemmeno poi contro le donazioni, nè lo potè divenire tanto i vincoli famigliari e l'interesse fra i membri della famiglia eransi indeboliti.

228. Altre limitazioni poneva l'ordinamento della famiglia alla proprietà e alla sua libera disposizione; e queste erano costituite dai fedecommessi, dai maggioraschi, su cui vedi § 287.

CAPO XXVII.

TEMPERAMENTI LEGALI AL DIRITTO DI PROPRIETÀ.

229 (Servitù). Il regolamento delle servitù sia nella legislazione statutaria come nella posteriore fu interamente lasciato al diritto romano. Anche i Germani ammettevano le servitù prediali, ma non ne avevano un chiaro concetto giuridico. La dottrina romana ebbe vigore in tutte quelle parti che erano compatibili collo stato della nuova civiltà: perocchè le servitù personali, come scomparve il servaggio, furono pure soppresse dalla teoria; e i giuristi (Cepolla) introdussero un'altra categoria di servitù, dette miste (essendo reali perchè soggettavano cosa a persona e personali perchè una persona aveva diritto su una cosa) e in quella misero l'uso, l'usufrutto, l'abitazione. Ma altri (Ancarano) combatterono questa nuova distinzione, e alcuni (Richeri) continuarono a mettere fra le personali l'uso, l'usufrutto e l'abitazione, oppure (specie in Germania Strykio, Leyser, ecc.) li considerarono non come servitù ma quali *iura in re aliena*. Il Codice francese non accolse la categoria delle servitù miste, classificò l'uso, ecc. sotto il titolo della proprietà: esso non conobbe che servitù reali. Così fece anche il nostro Codice il quale « in materia di servitù ha un incontestabile superiorità pratica su tutte le legislazioni di Europa » (Huc). Ciò che riguarda i muri comuni, è tratto dalle consuetudini locali e da regole che si erano fissate nella giurisprudenza: anche la disposizione che le servitù continue non apparenti e le servitù discontinue siano o no apparenti non possono stabilirsi che mediante titolo deriva dalla pratica francese dei paesi di diritto consuetudinario, che in omaggio al principio « nessuna servitù senza

titolo », nemmeno ammettevano, come faceva il diritto romano, il possesso immemorabile.

In tutte le regioni d'Italia era poi o per legge (come a Napoli Pramm. *de monialibus*) o per consuetudine sorta una nuova specie di servitù in favore dei monasteri femminili, i quali potevano richiedere di far chiudere le finestre prospicienti nei loro giardini, ancorchè vi fosse fra mezzo strada pubblica, a far innalzare muri, se dalla superior parte della casa si potesse guardare nel monastero. Altre consuetudini importanti sulle servitù dei poderi rustici ebbe il Napoletano, e derivano dal diritto greco (costituz. di Zenone).

230 (Acquedotto còattivo (*)). La servitù di acquedotto era stata profondamente formulata dalle leggi romane (1): ma ebbe incremento per opera della legislazione italiana. Tale servitù era praticata molto nel medio evo specie nell' Alta Italia che doveva molto di sua prosperità agricola all'avere la proprietà dei fiumi e torrenti attribuito allo Stato, e ad avere stabilito il diritto di acquedotto nelle sue leggi. In Lombardia era usato fino dal sec. XII: dietro permesso del principe conducevansi acque pubbliche su terre private, costruivansi canali: e al tempo dei Comuni, diedesi a chiunque facoltà di derivare acqua dai fiumi a scopo agricolo od industriale, si obbligò ogni proprietario che ne fosse richiesto a dare il passaggio delle acque altrui nel fondo proprio, salvo l'indennità pel terreno occupato dalla costruzione della roggia, che le Consuetudini milanesi del 1216 e leggi venete del 1556 fissavano al doppio del valore, e salvo il rimborso per tutti i danni causati per allagamento, impaludamento, ecc., che potessero seguire. Ricca è la legislazione milanese di disposizioni che regolano le distanze fra i varii canali, fra un fontanile e le sponde della proprietà altrui. E l'incertezza e il fluttuare delle varie distanze richieste in modo ineguale nei vari Comuni, indusse molte città del Milanese a fissare una distanza uniforme che fu deliberata nel trattato di Ostiglia. Leggi importanti trovansi ancora su tal materia promulgate dai duchi del Piemonte; qui la legge più completa trovasi nelle Costituzioni del 1770 e negli Arresti del Senato che formarono una giu-

(*) **Bibliografia.** — Porro Lambertenghi, *Statuti delle strade e acque del contado di Milano, 1346. Miscell. di storia ital.*, vol. VII; Bosio, *Servitù legale d'acquedotto*, 1860; *Consorzii d'acque*, 1865; Romagnosi (cit. § 222); Pertile, § 144; Traina, *Le servitù legali sulle acque*, 1873; Foschini, *Teorica sulle acque*, 1871; Gianzana, *Le acque*, 1879; Pecchio, Gobbio, Giovanetti, cit. al § 222.

(1) Errano il Dionisotti, *Servitù delle acque*, 1868, p. 54, il Pertile ed altri che lo negano.

risprudenza celebre e originale sulla materia. Tale fu lo sviluppo che nel Piemonte prese l'economia delle acque che il Senato consentì anche all'affittuario, al colono, al non proprietario del fondo la medesima facoltà di stabilire coattivamente l'acquedotto sulle terre altrui, lungo la durata del proprio possesso. Provvide leggi furono anche promulgate sotto il primo Regno Italico che sancì il diritto di acquedotto per derivare acque pubbliche e private legittimamente possedute. Memorabile è il decreto del Vicere, 6 maggio 1806, che istituì altrettante società quante potevano esserne determinate dalla comunione degli interessi e dalle divisioni territoriali del Regno fra i possidenti compresi nei lavori di acqua che avessero avuto per unico oggetto gli scoli, le bonificazioni e le migliorìe dei terreni. Cotali associazioni non erano nuove nel Milanese, nel Piemonte e nel Veneto (a Padova trovansi già nel 1500, a Verona nel 1450, a Brescia nel 1470): ma vennero ricostituite e modificate da quella legge e rese comuni ad altre provincie.

La legislazione antica lombarda fu mantenuta in vigore anche sotto l'Austria (1818). Il giurista Pecchio prima († 1694) poi G. D. Romagnosi schiusero innanzi ai legislatori una meta sicura di bene onde arricchire e proteggere il lavoro dell' industria dopo quello dell' agricoltura, insegnando che l' utilità delle acque non aveva soltanto per suo cómpito la terra, siccome era stato pei Romani, ma che alle industrie pure riescivano di servigio supremo; e che necessità era quindi pareggiare e offrire con eguale proporzione alle industrie e all'agricoltura l'uso delle acque. Qualche cosa fecero in questo senso i Codici parmense, ticinese, albertino, estense: ma toccò al Codice vigente attuare questo pareggiamento, favorendo la condizione dell'industria dopo quella dell'agricoltura nello stesso tempo che completava ciò di cui erano manchevoli gli altri Codici intorno agli acquedotti di scarico o prosciugazione, e, per esempio, rendendo libera e fuori dell'ingerenza governativa la formazione dei Consorzi. Nel resto il Codice italiano ispiravasi al concetto di Romagnosi che la proprietà privata quanto più procede l'incivilimento, tanto più viene contemperata dai riguardi di comune utilità.

CAPO XXVIII.

MODI DI ACQUISTO DELLA PROPRIETÀ.

231. Si è creduto che all'antico diritto germanico, a quello delle leggi, fosse ignota la teoria delle cause acquisitive della proprietà, che i Germani conoscessero sì la proprietà e non i diversi modi di acquistarla. Ma a queste affermazioni si oppongono i fatti.

In generale presso i Germani, come per tutto il medio evo, valsero i principii che trovansi anche nel diritto romano salvo l'istituto della tradizione giudiziaria.

I. I Germani, come i Romani, non acquistavano dominio sulle cose mobili che per dominio di fatto e quindi la proprietà delle cose mobili acquistavasi per trasmissione del possesso. Non richiedevasi alcuna solennità, poichè nessuna signoria (*vestitura*) era trasmessa: e nemmeno vi era d'uopo di assenso d'eredi perchè questi non avevano alcun diritto di aspettativa. Una tradizione simbolica non era negli antichi tempi conosciuta (1): il che non vuol dire che fosse sempre necessaria la cessione materiale della cosa, ma bastava mettere l' acquirente nella possibilità di esercitare immediatamente i suoi diritti sulla cosa: la qual cosa era anche conforme al diritto romano; e tal senso ha la consegna delle chiavi degli edifizii che contengono i mobili venduti, di cui parla l'articolo 1465, Codice civile. Invece l'antico diritto non ammetteva la tradizione dei mobili pel solo consenso delle parti se la consegna non poteva eseguirsi al tempo della vendita.

II. Delle cose trovate il diritto romano non attribuiva la proprietà all' inventore: invece il diritto germanico gliela attribuiva purchè ne desse avviso all'autorità: dalle quali disposizioni derivò poi il principio della legislazione statutaria che le cose trovate non si acquistassero per appropriazione ma per dichiarazione del giudice che ne dava 2[3 al fisco, derivarono le misure prese per rendere noto agli interessati il ritrovamento delle cose perdute, l'obbligo di denunciarle in Chiesa, e infine da essa discese la dottrina dei pubblicisti del secolo XIV-XVII che attribuivano al fisco la proprietà delle cose senza padrone. Il Codice italiano vigente seguì invece la tradizione della pratica longobarda e poi italiana relativa alla consegna della cosa trovata all'autorità, e la pratica antica delle due pubblicazioni (art. 715-718).

III. Il tesoro fu nel medio evo una regalìa e ceduta per imperial privilegio, come le altre regalie (v. § 221). In seguito anche all'inventore fu assegnata una parte.

IV. Le cose gittate in mare, o rigettate dal mare, erano del fisco, secondo la pratica medioevale, mentre secondo il diritto romano non cessavano di appartenere al proprietario, e se alcuno se ne impossessava, commetteva furto. Al tempo dei Carolingi il *ius naufragi* (§ 166), era divenuto cespite fiscale (2), come tutte le *res erraticae*, ossia senza padrone; ma in Italia fu presto abo-

---

(1) Exner, *Rechtserwerb durch Tradition*, 1867, p. 161 segg.

(2) Waitz, IV, 135; Brünneck, *Das Recht auf Zueignung* (citato § 46, pag. 82).

lito, e i diritti sulle cose gettate dal mare, furono regolati dalle norme romane, su cui basansi anche le moderne leggi.

V. La preda bellica apparteneva, secondo il diritto romano e germanico, all'occupante. Nel periodo comunale, tutti i beni mobili appartenenti a suddito di un Comune, contro il quale fossero autorizzate rappressaglie, appartenevano a quello, in favore del quale erano concesse, fino alla concorrenza del suo credito (1). Anche la Chiesa legittimava la preda. Alessandro VI concedeva nel 1493 il nuovo mondo come legittima conquista a Ferdinando d'Aragona. Alla fine del sec. XVIII, perchè il bottino fosse legittimo, si volle precedesse la dichiarazione di guerra. Il Congresso di Parigi del 1856, abolì la preda e la corsa, non le requisizioni.

VI. La caccia (2) e la pesca furono modi di occupazione. Libero fu cacciare e pescare, finchè ciò non divenne una regalìa (§ 220). Nel diritto bavaro solo il commarcano poteva entrare nella selva per uccellare. Nel dir. visig. e longob., le api appartenevano al primo che segnava l'albero. In seguito fu lecito cacciare solo animali sopra fondi proprii o sopra altrui quando non vi fosse divieto del proprietario. Le disposizioni della legge salica e di Rotari che punivano chi inseguiva un animale ferito sul fondo altrui, costituiscono una specie di caccia riservata.

VII. L'acquisto dei frutti era nel diritto germanico riguardato non come derivazione della proprietà, ma come compenso per lavori fatti, indennizzo per le spese e le fatiche impiegatevi in buona fede ad ottenerli (3). Ma nel diritto italiano prevalsero le idee romane: tuttavia qualche traccia del concetto germanico notasi a proposito della locazione dei fondi rustici. Se un albero aveva gettate radici o stendeva i suoi rami sul fondo altrui, l'antico diritto germanico non dava alcuna disposizione, ma il posteriore (4) variamente regolò questa materia. I Codici italiani hanno copiato su ciò il francese, nel quale sono prevalsi principii che distano dai romani, e che sono ispirati da consuetudini locali. Il diritto romano non permetteva al proprietario di tagliare le radici nè le fronde dell'albero piantato nel fondo vicino, ma doveva rivolgersi al padrone dell'albero; per le fronde volevasi per l'altezza il minimo di 15 piedi; il diritto francese e l'italiano dànno

---

(1) Benedix, *De praeda inde ab antiquitate*, ecc., 1874, pag. 35-70; Mas-Latrie, *Droit de marque ou droit des represailles au m.-â.*, 1875.

(2) Brünneck, *De dominio ferarum*, 1862. E op. cit., § 220.

(3) Heimbach, *Die Lehre von der Fruchten*, 1843, p. 270 seg.; Stobbe, *Beiträge z. Gesch. d. deut. Rechts*, 1865, p. 59.

(4) A. Benno Schmidt, *Recht des überhangs u. Überfalls*, 1886, 39-104; Grimm, *Z. f. gesch. Rw.*, III, 349 segg.; Heusler, II, 193 segg.

un'azione al proprietario per costringere il padrone dell'albero al taglio delle frondi e l'autorizzano a tagliare egli stesso le radici.

VIII. Il lavoro fu principio di occupazione nel diritto germanico (non nel longob.) in opposizione al romano. Anche gli statuti seguirono questo concetto che il lavoro potesse essere sorgente di proprietà. Nelle leggi di Corsica e in altre disponesi che chi lavorò deve avere metà delle terre lavorate (1). Ciò vedesi specialmente a proposito dell'*inaedificatio*, dove, anche secondo il diritto longobardo e lo statutario, è stabilito che l'edificio non cede al suolo come voleva il dir. rom., nè la semente al proprietario della terra, anzi, quello e questa giovano a chi ha fabbricato e a chi ha seminato, se non vi è in lui mala fede. I diritti moderni hanno retrocesso; hanno sconosciuto i diritti del lavoro per non tutelare che quelli della proprietà, in un modo più esorbitante di quello che non avesse fatto lo stesso diritto romano, il quale era stato dai tribunali italiani interpretato in un senso molto lato, come dando un diritto di ritenzione al terzo possessore che aveva fabbricato finchè il proprietario non l'avesse indennizzato (De Luca, Ab Ecclesia).

IX. Le terre presso i Germani che non avevano padrone si potevano acquistare per occupazione e quelle non coltivate dalla comunità mettendole in cultura (2). Anche qui rivelasi la forza dell'idea del lavoro. Presto però il re si attribuì queste terre e per goderle fu necessario avere da lui un privilegio; era la regalìa delle terre vacanti (3), di cui è rimasta traccia nel Cod. francese (art. 539, 713) e nel napolet. e parmense.

X. L'alluvione non fu presso gli antichi Germani modo di acquistare la proprietà; la terra di alluvione era proprietà del re: così era anche per l'*insula in flumine nata*, per l'*alveus derelictus*, per l'*avulsio*. Come i fiumi sono del re, se il letto diviene asciutto, di esso la proprietà deve restare al re. Questo sistema si radicò specialmente in Francia, dove anche al sec. XVII appariva una novità il sostenere la dottrina romana, che il letto del fiume appartiene ai proprietarii delle sponde (Fabro). In Italia invece si applicarono ben presto le dette dottrine romane, ma la grande controversia si volse alla divisione delle alluvioni. Bartolo studiò da geometra e da giurista la questione; Baldo ne trattò pure, ma fu il parmense Aimo (a. 1490) che dimostrò la divisione

(1) Simoncelli, *Il principio del lavoro. Rivista ital. di scienze giurid.*, VI, 1880, p. 65 e segg.

(2) Beseler, *Der Neubruch nach deut. R.*, 1868; Gierke, I, 68, II, 146; Waitz, IV, 136; Guizot, *Essais*, 165.

(3) Roth, *Beneficialw.*, 69; Waitz; Beseler, *Zeits. f. R.G.*, II, 402.

delle alluvioni e delle isole doversi fare secondo la estensione della proprietà lungo la sponda (1). La sua dottrina più vicina alla romana è quella accolta dal Cod. vigente; e lui seguì la dottrina italiana, sempre salvo l'interruzione portata dalle leggi francesi e austriache che attribuirono la proprietà dell'antico letto ai proprietarii dei fondi occupati dal nuovo corso, sistema che fu anche seguito dal Cod. delle Due Sicilie e dal sardo.

XI. I parti degli animali appartenevano al proprietario della madre.

232 (Prescrizione (*)). Il tempo non fu presso i Germani mezzo per acquistare la proprietà. Le disposizioni che incontransi su quest'argomento nelle Leggi loro sono dovute all'influenza romana; e questo processo di evoluzione che fa della prescrizione un mezzo acquisitivo di proprietà, scorgesi chiaro nelle leggi longobarde che tolsero la prescrizione quinquennale e trentennale dal diritto romano (2). Si noti però che esse accolsero la *præscriptio*, non l'*usucapio* che non conobbero, come nemmeno la conobbe il diritto medioevale. Il decorso del tempo non fece mai presso i Germani acquistare diritti, soltanto assicurava contro determinate contestazioni. Ma alla maggior parte delle popolazioni germaniche, i termini romani parvero lunghi, eccessivi; ne adottarono dei più brevi, quali convenivano a popoli irrequieti, volubili, preoccupati soltanto dai fatti esteriori e materiali, incapaci di cogliere le astrazioni del diritto. Esse diedero favore alla prescrizione di un anno e un giorno (dalla quale derivò poi la prescrizione tutta italiana di un anno, un mese, un giorno), la quale aveva il suo valore nei rapporti possessorii e in alcuni altri, come nella trasmissione della proprietà acquistata da un terzo, nelle azioni dipendenti da successione, ecc. Questo breve termine lo si vuol far derivare dal fatto, che un anno era lo spazio di tempo in cui avvenivano tre placiti (o adunanze giudiziarie) non comandati (Stobbe) o da un riguardo ai lavori campestri (Heusler), o infine dal tempo che

---

(*) **Bibliografia.** — Reich, *Entwick. d. kanon. Verjährungslehre von Gratian bis Johannes Andreas*, 1880; Unterholzner, *Verjährungslehre*, I, 1858, p. 60 segg.; Grimm, 210, 214, 217-225; Schupfer, *Allodio*, § 41-47; Heusler, *Gewere*, p. 80 segg.; Mollenthiel, *Die natur des guten Glaubens*, 1820, § 19-20; Hillebrand, *De bonae fidei rei prescript.*, 1843; *Arch. civ. Praxis*, XXXVI; Pertile, IV, p. 207 segg.; Savigny, §§ 244-6; Lamantia, II, 161.

---

(1) Chardon, *Droit d'alluvion*, 1830, p. 14 segg., 271 segg.; Porro, *Digesto* voce *Alluvione* e gli antichi Carlinio, 1770; Carmagnola, 1793.

(2) Del Giudice, *Studii* (*Traccie*, p. 38, 53), 415, 443.

intercedeva fra l'uno e l'altro placito legittimo (1). Poi come quelle popolazioni presero delle abitudini regolari e più quiete, praticarono anche i termini di 5, 10, 15 anni, e i maggiori di 30 e 60 i quali avevano specialmente per oggetto il possesso fondiario.

Presso i Longobardi la prescrizione quinquennale doveva, al tempo di Rotari, integrarsi col duello o col giuramento; sotto Grimoaldo, grazie all'influenza romana, la trentennale dispensava dalla prova del duello, bastando a chi l'invocava, di opporsi alla evizione col solo giuramento corroborato dai sacramentali; il che prova una maggior forza conseguita dal possesso, ma nello stesso tempo dimostra che il possesso di 5 o 30 anni non era sufficiente per sè a divenire senz'altro un titolo di acquisto; il titolo non dovendo mancare, lo si poteva provare, in grazia del possesso, in modo privilegiato, nell'un caso col duello o il giuramento, nell'altro solo col giuramento (Schupfer, Del Giudice). Con Liutprando il possesso trentennale si liberò di ogni prova suppletiva; e vestito delle qualità che lo fanno legittimo, operava con piena efficacia, e si presentava col carattere di vera usucapione (Del Giudice). Con lui la prescrizione cessò di essere mezzo per completare la prova del titolo di acquisto rimasta incompiuta o contestata e vinceva anzi qualsiasi titolo. Sotto lui la prescrizione fu anche regolata come estintiva di diritti e furono introdotte prescrizioni più lunghe, di 40 anni per le cose ereditarie tra fratelli e altri parenti, di 60 anni contro il fisco. Tutto è dovuto all'azione romana.

Il diritto germanico introduce però la grande innovazione di richiedere che il possessore di un anno e un giorno fosse in buona fede e avesse un titolo (*iustum initium possessionis*): e questi due requisiti mantenne anche per le prescrizioni lunghe. Nel diritto longob. la prescrizione trentennale richiedeva che esistesse buona fede e che il possesso non fosse *malo ordine* ma stesse in relazione a un diritto: il che costituiva la vera, radicale differenza in confronto del diritto romano. L'elemento della buona fede divenne poi elemento necessario nella prescrizione canonica, non solo all'inizio di essa ma per tutto il tempo del possesso: il che non fu accolto dalla legislazione civile passata (eccetto Cod. parmense e ticinense che opportunamente su ciò corressero il diritto romano col canonico) nè dalla vigente, che diedero la preferenza alle norme romane, e proibirono investigare se il possesso era stato di buona o mala fede in colui il quale aveva prescritto per 30 anni. Però nelle prescrizioni brevi ammisero la delazione del giuramento, il che mostra come il diritto moderno si scosti dal romano in qualche punto e si risenta ancora dell'influenza canonica.

(1) Stobbe, I, § 68; Heusler, *Gewere*, 239; Sohm, *Frank. u. Roem, Recht. Z. f. R.G.*, XIV, 58.

Il diritto canonico cercò nella *bona fides* un freno alle violenze e alle usurpazioni medioevali: ma aprì nello stesso tempo il campo ai processi e alle inquietudini. L'idea della *bona fides*, che era conforme alle idee morali e alla disciplina e amministrazione ecclesiastica, non fu inventata dai papi, ma tolta integralmente dal diritto romano: soltanto fu innovato nel richiederla per tutto il tempo della *præscriptio longi temporis* (ordinaria prescrizione acquisitiva); e nell'impedire questa per causa di *mala fides superveniens;* nel richiederla nella *præscriptio longissimi temporis* (prescrizione estintiva delle azioni) quando trattasi di azioni dirette alla restituzione di cosa appartenente all'attore (Moellenthiel). La natura canonica della *bona fides* scostavasi poi anche dalla germanica, per la condizione di dover essere la *bona fides* continua, cioè per tutto il tempo della prescrizione. Germanico è però sempre il concetto fondamentale della prescrizione canonica — il giusto possesso, la presunzione di un giusto titolo. Questi principii vagamente formulati negli antichi canoni, che oscillano tra il diritto romano e germanico, ebbero elaborazione e consistenza dottrinale nel sec. XIII. Sotto Innocenzo III la prescrizione fu resa difficile, con norme severe intorno al titolo e alla *bona fides;* la pratica si scostò vieppiù dal diritto romano, e così anche la letteratura (Johannes Teutonicus, Bernardus Papiensis), che un momento però parve ritornasse alle pure dottrine romane; movimento tosto arrestato da Bonifacio VIII che ribadì i due punti fondamentali, il titolo e la buona fede. Nello stesso tempo poi il diritto canonico allargò il carattere e il campo di azione della prescrizione, dirigendola ad ogni *res* od oggetto di arricchimento: la quale circostanza e il fatto che la prescrizione nell'ordinamento ecclestastico avrebbe potuto invocarsi in un numero di casi assai superiori che in diritto romano, rendono ragione del perchè nella pratica e nella letteratura canonistica si insistesse tanto sul titolo e la *bona fides* (Reich).

Le leggi italiane del medio evo parlano di *rationabiliter tenere* nel senso germanico, non nel canonico. Ma dopo il 1200 tutte aderirono alle norme romane per gli elementi necessarii alla prescrizione. In quanto al tempo trovasi da legge a legge la maggiore varietà (3, 5 anni pei mobili: 15, 20, 25, 29, 40 anni per gli immobili): si moltiplicarono le eccezioni per avere prescrizioni o più lunghe o più brevi: e molte Chiese ottennero che contro esse non si prescrivesse che col decorso di 100 anni, o coll'*immemorabili* privilegio dovuto alla quantità dei beni di esse (1). Anche contro il fisco non facevasi decorrere prescrizione.

Un'altra forma di prescrizione, ignota al diritto moderno italiano, fu molto diffusa nel medio evo, ed era la *præscriptio ab immemorabili* o *possessio antiquissima* (2). Era preferita dai Germani che poco usavano la scrittura: e l'applicarono anche al diritto privato, a differenza dei Romani. Non ammettevano però acquisto di diritti pel solo decorso

(1) Salvioli, *Storia dell'immunità* (cit. § 118), pag. 93 segg.

(2) Buchka, *Unvordentliche Besitz*, 1843; Sehling, *Lehre v. d. unvord. Zeit.*, 1835; Friedlaender, 1843; Pfeiffer, *Z. f. d. R.*, VII, VIII, 1844; Schupfer, *Digesto* v. *Ab immemorabili.*

del tempo immemorabile, ma soltanto stabilivano una presunzione che il diritto avesse sempre esistito e fosse legittimo. Era la conseguenza del favore che presso i Germani godeva il possesso anteriore, e dell'idea che l'età del possesso fosse presunzione della sua legittimità. Il diritto canonico mettendosi fra il romano e il germanico non estese le applicazioni e il valore della prescrizione *ab immemorabili* a tutti i rapporti, ma solo a quelli cui osti un impedimento di diritto pubblico: ma la giurisprudenza le diede carattere di universalità, estendendola anche al diritto privato (concetto germanico), non richiese per essa il titolo e disputò se fosse necessaria la buona fede.

233 (Tradizione (*)). La trasmissione della proprietà immobiliare si faceva presso i Germani con atto solenne, formale, pubblico o giudiziario. Essi, come i Romani, non acquistavano il dominio giuridico che per mezzo del dominio di fatto; quindi da principio le trasmissioni effettuavano col cedere il fondo consegnando una zolla o per mezzo di altri simboli, che indicavano la volontà di voler cedere il possesso, di abbandonarlo. Originariamente l'alienazione dei fondi, come ogni contratto patrimoniale, era un contratto reale; la volontà di cedere (*sala*, *traditio*) e la consegna effettiva (*investitura*) erano due atti congiunti: l'atto di alienazione (vendita, donazione, permuta) come la cessione dovevano aver luogo sul fondo da alienarsi e davanti ai pagensi: ciò anche per la pubblicità della prova. Il possesso dei fondo e contemporaneamente la proprietà degli immobili (diversamente che per i mobili) era, secondo il diritto germanico, acquistata non per mezzo del *nudum corpus* e dell'*animus*, ma solo per una solenne manifestazione e dell'uno e dell'altro. Quindi non bastava la presa di possesso senza forme, col solo permesso del tradente, ma volevasi la presenza dei due contraenti sul fondo, e detta presa doveva assumere un carattere formale: e la cessione compivasi per mezzo di due atti formali, la tradizione di una parte del fondo, una zolla, un ramo di albero (1) e l'uscir fuori (*exire*). Il primo

(*) **Bibliografia.** — Stobbe, *Auflassung* nei *Jahrbücher* di Jehring, XII, 1872, p. 137-272; *Die Salmannen. Z. f. R.G.*, VII; *H.B.*, II, § 94; Sohm, *Recht. d. Eheschl.*, 79 segg.; *Trauung*, 13; *Zur Gesch. d. Auflassung* nei *Festgabe für Thöl*, 1879; Bewer, *Sala, traditio, vestitura*, 1880; Haiss, *Traditio u. investitura*, 1876; Brunner, *Zur Rechtsgesch. d. Urkunden*, I, 1880, p. 137-272; Lehmann, *Altnord. Auflass. Z. f. R.G.*, XVIII, 1884, p. 84-115; Brink, *Bestellung d. dingl. Rechte am fremden Immobilien im M.A.*, 1887, p. 2-14; Albrecht, *Gewere*, 63-78; Beseler, *Erbverträge*, I, 19-47; Sandhaas, *German. Abhandl.*, 1852, 1-77; Merkel,

(1) Cfr. per questi riti la romana *deductio quae moribus fit;* Grimm, 112; Hofmann, *Z. Gesch. d. griech. u. röm. R.*, 1870, pag. 130.

atto non era sufficiente nel plastico concetto germanico per rendere visibile la cessione; era necessario l'atto formale di andarsene dal fondo di abbandonarlo definitivamente.

Più tardi i due atti si separarono: prima davanti al tribunale o altrove il venditore manifestava la volontà di vendere (*traditio*); susseguentemente sul fondo stesso immetteva l'acquirente in possesso, gli dava la reale investitura. Col primo atto gli dava la proprietà, l'investitura del diritto; era una trasmissione ideale (Brunner), un'investitura simbolica: col secondo si dava il possesso di fatto, l'investitura reale o propriamente detta (Haiss, Sohm).

La *traditio*, che presuppone come causa un contratto, era un atto solenne, formale e pubblico, che si compiva in giudizio, nel mercato o in chiesa, che attestava da un lato l'intenzione di rassegnare il diritto, dall'altro quella di accettarlo. Essa si identifica col contratto stesso, crea il rapporto obbligatorio, è il fondamento della proprietà. Ma siccome in diritto germanico nessun contratto si formava per consenso, ma era necessaria o la consegna della cosa che ne era l'oggetto, o invece sua l'esecuzione di una formalità (Sohm), così nella *traditio* la manifestazione della volontà fu legata a forme, le quali nel loro linguaggio simbolico dovevano indicare che il venditore voleva rinunziare ad ogni suo diritto sul fondo. Questi simboli variavano secondo la nazionalità del tradente: erano naturali od astratti; il più frequente è la *festuca* o bastoncino su cui erano impressi dei segni (1), che il tradente gittava in seno all'acquirente (*laiso warpire, in laiso jactare*). Il tradente presso i Franchi poneva per terra un coltello, un guanto, una zolla, un calamaio e una penna, che separatamente (poi in seguito assieme alla carta) sollevava da terra e con solenni parole dava all'acquirente e infine al notaio (*levare atramentum*, *levare cartam*). Il guanto che indicava la mano, aveva doppio significato, rassegnare il proprio diritto e garantire la tradizione. Si usava anche consegnare all'acquirente un pezzo di terra (da cui venne la *scotatio* canonica), delle pietre, dei rami, la corda della campana, il pallio dell'altare, la porta della casa, le chiavi, le tegole, ecc. Quanto più la *traditio* si faceva lontana dal fondo, e quanto più era difficile riunire sul fondo quei testimonii, rappresentanti del popolo o dei vicini, i quali dovevano intervenire in ogni atto relativo a mutamenti della proprietà a cui potessero essere interessati, anche in virtù dell'antica communione di beni, tanto più ai simboli naturali si sostituirono gli astratti: si usò invece della zolla il coltello, il guanto, le monete; finchè per opera del diritto romano volgare secondo il quale

---

Das firmare des baier. V.R. Z. f. R.G., II, 101-174; Franken, *Gesch. d. Pfandr.*, I, 92, 209; Heusler, II, § 92; *Gewere*, 21, 41 segg.; Schupfer, *Allodio*, § 36-54; Pertile, IV, § 139.

---

(1) Michelsen, *Ueber die festuca notata u. die german. Traditionsymbolik*, 1856; e le opere cit. a § 28.

la *traditio*, nel senso romano, si poteva compiere per mezzo di un documento o *carta*, che il tradente dava all'acquirente, si introdusse il sistema di fare la *traditio* germanica, ossia l'investitura simbolica della proprietà, consegnando un documento davanti a testimonii, spesso senza altri simboli. La consegna di una carta, dell'istrumento di compravendita, teneva luogo di tutte quelle solennità, e per se sola operava la trasmissione della proprietà; la carta dava all'acquirente il diritto di immettersi, anche da sè, nel possesso della cosa (6).

In Italia gli Ostrogoti avevano mantenuto nelle vendite le forme dei documenti romani; e anche il diritto longobardo aveva riconosciuto avvenire la cessione delle terre anche senza corporale tradizione, ma per cessione di documenti davanti a testi, o di carte che dichiarassero il volere di alienare; il che ha grande analogia colla romana *mancipatio*. Le *verba dispositiva* del documento esprimevano la *causa traditionis* e il volere di alienare; la consegna del documento teneva luogo di investitura simbolica, cioè trasmetteva senz'altro la proprietà (Brunner). Fu poi la Chiesa che generalizzò questo modo di *traditio* (e poi di *investitura*) per tutto il mondo germanico, e specialmente presso i Franchi, i quali elevarono la *carta* a modo creatore di obbligazioni.

Il secondo atto era l'*investitura*, cioè la reale immissione in possesso, atto solenne che si compiva andando sul luogo, conducendo l'acquirente attorno ai confini, entro la casa, sul tetto e poi uscendone, saltando la siepe, o mostrando in altro modo la volontà di andar via per sempre e non da proprietario, lasciando che l'acquirente facesse davanti ai testimonii, qualche solenne manifestazione di proprietario, insediandosi nella casa per tre giorni e tre notti (*sessio triduana*), convitando ospiti, percorrendo in lungo e largo il fondo, rompendo rami, facendo fuoco nella casa, abbracciando una colonna della casa, aprendo o chiudendo gli usci, togliendo qualche tegola dal tetto. Così l'acquirente acquistava il possesso con tutti i diritti che ne risultano.

Quando poi si faceva la *traditio cartae*, questo secondo atto di investitura reale si poteva compenetrare col primo, con quello cioè di investitura simbolica: e allora con simboli si era investiti della proprietà e del possesso che si trasmettevano colla consegna della carta, la quale menzionava l'immissione in possesso colle formole: « *se exitum dicere, renunciare ore et digito* », parole che si pronunciavano gettando la festuca nel seno dell'acquirente (*effestucare*, *guerpire*). I documenti italiani così riferiscono questi atti: an. 847 « X. per cartulam venditionis « venundavit.... Et iuxta cartula M. revestitus est de ipsa casa et om« nibus rebus sicut in ipsa cartula vinditionis continet. De hoc omnia « se revestivit per columna de ipsa casa ad proprium » (*Cod. dipl. lang.*, 47, 161): an. 842, « per ostium et limen de casa vel porta investivit « de casis et areis iuxta dationem illam et traditionem quam ipse emi« serat. Cum ipsa dationem et traditionem investivit ipsis ad proprie« tatem habendum » (id. 47, 145): an. 835 « sed dico me meosque

---

(1) Brunner, *Urk.*, 112, 130 segg., 288; *Z. f. H.R.*, XXII, 526; Heusler, id., XXV, 417 segg.

« exinde a presente die foris exisse » (id. m. 120): an. 999 « confirmamus « per cultellum, facimus traditionem et vestiturem et nos exinde foris « expulimus, verpivimus » (Moriondi): an. 1106 « nos absentes facimus » (id.). In alcuni documenti vedesi l'investitura reale fatta separatamente, susseguentemente alla simbolica, e notata in atto separato; in altri contemporaneamente alla *traditio*, il che presenta molta analogia colla romana *in iure cessio* (1). Ma generalmente i Longobardi diedero alla detta *traditio cartae* il valore tanto di investitura formale, quanto di reale: e sotto l'influenza franca, nel IX sec., finirono per chiamarla *investitura;* il che prova che il possesso non era trasferito, se non vi era una dichiarazione speciale accompagnata da simboli; e la *traditio cartae* era anche il simbolo della trasmissione del possesso, come lo era della proprietà. Dopo il sec. XVI in Italia l'investitura reale fu denominata con frase romana « *corporaliter mittere in vacuam possessionem* ».

Il principio della *traditio* come quello dell'*investitura*, non sono proprii di alcun popolo (dei Franchi, come vorrebbe Merkel), ma di tutti i Germani (Brunner, Haiss). L'investitura poichè indicava lo stato del possesso, era atto importante, e da non pretermettersi, perchè essa confermava l'atto di cessione e lo *guarentigiava*, cioè dava un quieto e irrepugnabile possesso, la *possessio iuxta*, il *jus possidendi* (dal che venne che anche nei documenti giuridici long.-franchi, *investitura* fu sinonimo di *possessio;* e nei *Libri feud.* indicò possesso e solo impropriamente immissione reale per consegna di simbolo; e lo stesso diritto canonico ritenne l'investitura come fondamento di irrevocabile diritto di possesso). L'*investitura* veniva a stabilire l'identità dei fondi alienatii a constatare che nessun altro era proprietario o aveva diritto al possesso. Il tradente poi era obbligato a investire l'acquirente, che avrebbe anche potuto di propria autorità immettersi al possesso o farsi mettere (2); che se non vi si faceva mettere e non dimostrava col fatto di essere proprietario, gli eredi non erano obbligati a riconoscere l'alienazione (3). Tale controversia non poteva più sorgere, quando si introdusse la *traditio cartae* che importava la proprietà e anche il possesso.

L'investitura non era solo usata nelle alienazioni degli allodii, ma anco dei beneficii. L'usò pure la Chiesa; e qual peso avesse, lo dimostra la lotta per le investiture, che finì col Concordato di Worms. Queste formalità per la trasmissione degli immobili furono il diritto e la pratica in Italia per tutto il medio evo: soltanto col tempo la parola investitura e i riti annessi vennero ad indicare la trasmissione della proprietà, essendochè il possesso, cioè il dominio di fatto, appariva sempre meno importante e come conseguenza della proprietà. L'antica *traditio*, detta ormai *investitura,* circondossi di altri atti formali che accompagnavano

---

(1) Heusler, *Gewere*, 10; Brunner, *Urk.*, 273-5; *Gerichtszeugniss*, 157; *Z. f. H.R.*, XXII, 537; Sohm, *Eheschlies.*, 84, *Auflass.*, 10; Laband, *Vermog. Klagen*, 336; Bewer, 54.

(2) Stobbe, *Auflass.*, 161; Heusler, *Gewere*, 24 segg., 48; Haiss, 39 segg.; Brunner, *Urk.*, 113-128; Sohm, *Aufl.*, 98.

(3) Così Heusler, *Gewere*, 41 segg., 470. Contro Haiss, Stobbe.

la *traditio cartae*, che da noi era la forma più usata di trasmissione del dominio di diritto e di fatto; ed erano trasferire la festuca, il guanto, il toccar le dita, un pezzo di terra, un cappello; dopo di che l'acquirente prendeva possesso colle formalità ricordate.

Sebbene queste formalità fossero riconosciute dagli stessi giuristi incompatibili colla dottrina romana dei contratti, tuttavia al cospetto di quel diritto simbolico di cui avevan sotto gli occhi lo spettacolo vivente, è naturale che preoccupati della necessità della tradizione reale o fittizia, cercassero rinvenirla ovunque nel diritto romano. Stabilirono quindi due specie di prendimento di possesso, l'apprensione reale e la simulata. Quella consisteva nell'azione di prendere la cosa colla mano, di calpestarla: questa di apprenderla con atti simbolici (*traditio ficta*), consegnando le chiavi del magazzino, o il titolo (*traditio instrumenti habet vim traditionis rei*), ponendo la cosa al cospetto di colui cui è dovuta, in modo che se ei non la tocca, possa almeno vederla quasi apprenderla cogli occhi, o cedendola colla clausola del constituto o del precario o colla dichiarazione che il venditore si disvestiva e abbandonava la cosa. Tale tradizione finta, ignota al diritto romano, e detta equipollente alla *cessio in iure*, era vista dai giuristi in ogni atto, in ogni testo romano: e così alle finzioni già empiriche del diritto romano, sostituirono finzioni anche più empiriche. — L'investitura poi che era conservata pel diritto feudale e beneficiario, fu pure dai giuristi interpretata non in modo conforme al suo primitivo carattere, indicando con essa non la presa di possesso, bensì il contratto solenne, simbolico « qui sine traditione possessionis per se subsistit », mentre la *traditio* invece indicava la messa in possesso (Baldo, Alciato, *Consil.* 145, Cuiaccio, *De Feudis*, I, 1). Il risultato della solennità simbolica era la *traditio*. Questa poteva indifferentemente precedere o seguire l'investitura; ciascuna di queste formalità rendeva l'altra obbligatoria, ma la loro unione soltanto dava all'alienazione pieni effetti legali. Nella pratica poi *traditio*, *possessio*, *investitura*, erano usate nello stesso senso, confusione dipendente dal fatto che compiute le solennità di investitura, la tradizione reale si intendeva fatta, perchè non poteva più essere ricusata (Tuschi, *Conclus.*; Torre, *De maiorat.*).

Il Cod. francese liberò le convenzioni dalla necessità sostanziale della tradizione; ammise le tradizioni reali, non le finte. Diede valore di tradizione alla consegna dei titoli della proprietà venduta (seguendo l'opinione di Molineo, che era stata anche quella di Bartolo, Imolense, Tartagna, ecc., che sostenevano *traditio instrumenti* — di vendita — *habet vim traditionis rei*). Il sistema del Codice francese divenne quello dei Codici italiani passati e del presente.

234. Dal diritto germanico, il principio della pubblicità delle alienazioni passò nel diritto medievale e seguente. Anche in Sicilia volevasi che le vendite si facessero davanti ai tribunali. Dopo il secolo XIV si introdusse l'obbligo di pubblicarle con bandi nelle concioni popolari o stridarle sulle piazze. Nel mezzodì dovevano avvenire davanti ai *judices ad contractus* che a Venezia erano detti esaminatori. Questi ultimi tenevano registri pubblici in cui

notavasi il nome dell'acquirente e del venditore, la qualità della cosa venduta, ecc. La Sicilia precedette gli altri paesi nel sancire la pubblicità delle insinuazioni (1509) ed è probabile che nelle sue città siano sempre state osservate le disposizioni di Giustiniano (Lamantia). Poi vi provvide Venezia nel 1535; Milano nel 1541; Piemonte nel 1560. Re Roberto a Napoli fece pure fare delle mappe o una specie di catasto che serviva tanto per regolare le questioni di confini quanto per seguire le vicende della proprietà. L'insinuazione fu ordinata nel 1536, ma eseguita solo nel 1609 (Bianchini). Anche Firenze tentò qualche cosa di simile e cercò pure nel sec. XIV di fare una tavola di trascrizione degli immobili.

CAPO XXIX.

IL PRECARIO, L'ENFITEUSI, IL LIVELLO.

235 (Precario (*)). Nel mondo germanico sulla proprietà fondiaria si svolsero molte forme complesse, le quali avevano tutte fondamento nella separazione della proprietà dal possesso. Sebbene anche i Romani conoscessero e avessero data costruzione scientifica ai *iura in re aliena*, tuttavia è nel medio evo che questi si sviluppano, se non nella dottrina certo nella pratica, si complicano e assumono grande importanza. I principali per l'Italia sono il precario, l'enfiteusi e il livello. Tutti questi istituti sono di origine romana, ma la loro forza vitale come la completa formazione ricevettero dalla società medievale, dove il feudo, la terra data a beneficio, era il sistema dominante, mentre presso i Romani lo era la proprietà libera. Il medio evo sviluppò e perfezionò quei modi contrattuali onde far valere e rendere produttiva la proprietà, diversi nell'essenza dei modi trasferenti il perpetuo e pieno dominio, e distinti nell'accidentalità di una maggior durata dai modi traslativi di un breve resolubile godimento del fondo. O il proprietario ritenendo sempre l'assoluto dominio dava il terreno a coltivare colla condizione di dividere per metà coll'agricoltore i frutti ed i prodotti del suolo, e questa dicevasi *colonia par-*

(*) **Bibliografia.** — Anselminus de Orto, *Super contract. emphiteusis et precarii et libelli atque investit.* rec. Jacobi, 1854; Muratori, diss., 36; Fierli, *Livelli di mano morta;* Poggi, *Sistema livellare*, 1829, I, 55-455; Roth, *Beneficialw.*, 433 segg.; *Feudalität*, 128-174; Loening, II, 705 segg.; Brunner, *Die Erbpacht u. die spätröm. Verpacht. Z. f. R.G.*, XVIII, 69; Garsonnet, *Hist. d. locat. perpet.*, 251-269; Demante, *Précaires eccles. dans leur rapports avec les sources d. dr. rom. Revue hist. de droit*, VI, 1860, p. 45 segg.; Guérard, *Polypt. d'Irminon*, I, 509 segg.; Waitz, II, 1, 291-305; IV, 176 e seguenti; Heusler, § 110, 111; Brunner, I, 199, 209; Schroeder, 274; Pertile, IV, 282-317; Bertagnoli, *Colonia.*

ziaria; — o riservavasi un'annua pensione in denaro o derrate, e ciò faceva per mezzo del *censo*, del *fitto perpetuo*, della *precaria*, dell'*enfiteusi*, del *contratto livellare:* — o riservavasi servizii militari e personali e si aveva il feudo.

La *colonia parziaria* (nell'Italia meridionale locazione *ad partionem*) fu molto usata nel medio evo, fin dal tempo delle invasioni. Molti Romani costretti a dividere coi Germani il loro fondo, acconsentirono a divenire i coloni parziarii dei loro nuovi padroni. La liberazione degli schiavi estese in progresso di tempo l'uso di questo contratto, preferito perchè conveniente agli interessi del proprietario.

Anche frequente fu la precaria che deriva dal contratto romano di precario. Così dicevasi dai Romani il contratto con cui si concede ad alcuno l'uso gratuito di una cosa revocabile a piacere di chi l'ha concessa. Il suo nome derivava dalla circostanza che questo contratto veniva conchiuso per lo più, sebbene non necessariamente, dietro preghiera di colui che desiderava avere l'uso di una cosa. Anche presso i Germani il nome di *precaria* e il suo correlativo di *praestaria* non dice altro che uno prega per ricevere un bene ad uso temporaneo e il pregato glielo presta. Ma nel diritto romano volgare erasi introdotto accanto al precario gratuito e revocabile un precario a tempo e gravato dell'onere di un corrispettivo (Brunner). E fu questa la forma che accolse la Chiesa nel concedere le sue terre, in osservanza al principio che vietava cedere i beni ecclesiastici a titolo gratuito. La Chiesa copiò il precario che usavano l'amministrazione imperiale e la municipale quando cedevano ai privati il godimento di terre (Loening), ossia adoperò le forme di concessioni quinquennali e concessioni perpetue, che chiamò col nome di *precaria*, col qual nome indicava pure le altre concessioni fatte a tempo, le vitalizie, le ereditarie, le revocabili. Ma poichè queste parvero ai Concilii lesive dell'integrità del patrimonio ecclesiastico, così si diede la preferenza alla precaria a tempo, alla quinquennale che era quella preferita dalle leggi romane per le locazioni di terre pubbliche e private. Però non tardò il rinnovamento quinquennale a divenire una formalità o ad eliminarsene la necessità: e allora il diritto del concessionario trasformossi in vitalizio, e dippoi in trasmissibile alla prima, seconda e terza generazione, infine per tolleranza a tutta la prosperità. Solo mantenevasi *pro forma* il rinnovamento quinquennale per impedire ai precaristi di perpetuarsi in un possesso che doveva essere temporaneo.

Dal momento che queste terre si possedevano quasi irrevocabilmente e il censo era modico — pagabile per lo più in natura — e che la sola condizione era quella di lavorare e migliorare la terra, ne venne che

molti privati per godere dei privilegi e immunità che erano proprii del patrimonio ecclesiastico, per sfuggire alle esorbitanti pretese del fisco e dei conti che gravavano sulle terre dei privati, quasi per indennizzo delle esenzioni largite alle Chiese, preferirono abbandonare la loro qualità di liberi proprietarii e passare nella classe dei liberi dipendenti, donando alla Chiesa i loro beni e chiedendo nello stesso tempo di riceverli a titolo di precaria, coll' onere di un censo e della rinnovazione periodica del titolo. Questi privati ottenevano così la protezione o avvocazia della Chiesa: i loro beni non erano gravati di prestazioni al fisco o ai conti: di essi perdevano la proprietà, ma non il possesso, precario di diritto, ma di fatto vitalizio e trasmissibile; al qual possesso ben sovente andava aggiunto l'usufrutto di altre terre, il doppio e perfino il triplo del donato (c. 4, C. 10, q. 2; Marc. II, 39-40; Ughelli I, 390, anno 940). Pei loro possessi questi liberi, già prima soggetti al servizio militare e alle angarie e perangarie, divenivano immuni, non potevano più essere molestati dai poteri pubblici: e tal espediente di liberarsi dai doveri verso lo Stato apparve sì commodo e si diffuse a tal punto che gli imperatori franchi dovettero occuparsi di questo diradarsi delle file dei liberi e impedire gli abusi derivanti dal precario, obbligando questi possessori al servizio militare e agli altri oneri. Ma spariti i Carolingi, le conseguenze necessarie del contratto di precario si verificarono. I precaristi che avrebbero dovuto essere liberi – essendo il contratto puramente fondario e non importando soggezione personale — sotto l'influenza feudale si avvicinarono ai confini dei locatarii servili, nella gerarchia sociale, e ridotti alla miseria dovettero coltivare come coloni le terre delle quali i loro avi erano stati proprietarii. Da allora la precaria perdette la sua individua esistenza, si confuse coi contratti affini, raramente e nei migliori casi coll'enfiteusi (e nel secolo XI i documenti chiamano indifferentemente l'una e l'altra) più spesso coi tenimenti servili. Al secolo XIII vere precarie più non esistono. Le precarie che Cuiaccio (*Observ.*, IV, c. 7) ricorda al suo tempo e le *appodiazioni* di Toscana, che consistevano nell'offrire terre alla Chiesa per riprenderle a tenue canone o dietro ridicole prestazioni, nulla hanno che fare colle precarie del primo medio evo.

236 (L'enfiteusi e il livello (*)). Dal diritto romano dell'impero, e specialmente del Basso impero deriva questa forma di locazione ereditaria, che fu detta enfiteusi, dalla parola greca ridurre a coltura. Era un diritto reale sopra una cosa immobile altrui, in virtù del quale si poteva adoperare e godere la medesima verso un'annua prestazione, ed alienarla tanto fra vivi, quanto

(*) **Bibliografia.** — Muratori, diss., 36; Pepin Le Halleur, *Hist. de l'emphit. en d. r. et franc.*, 1843; Lattes, *Studii storici sopra il contratto di enfiteusi*, 1868; Corleo, *Storia dell'enfiteusi dei terreni eccles. di Sicilia*, 1871; Lombardi, *Possessi plebei*, 1883, c. 6, 16, 19, 21; Garsonnet, pag. 465; Simoncelli, *Arch. giurid.*, 1888; Pertile, IV, p. 285 segg.; e i trattati di Amico, De Luca, Uzzo, Duscio, 1852; Dominici, Poggi, Arcieri, Borsari.

in caso di morte. Nacque in Oriente, fu adoperata anche in Occidente, specie pei beni pubblici; ma la Chiesa l'adottò e ne fece un istituto suo, per far mettere in cultura l'immenso patrimonio che le apparteneva. Attecchì in modo particolare presso i Longobardi e i Visigoti; ma del resto era un istituto che conveniva ai Germani, presso i quali la piena proprietà era piuttosto l'eccezione che la regola. Ma l'enfiteusi medievale non conservò tutti gli estremi della romana: o per dir meglio, col nome di enfiteusi si chiamarono nel medio evo altre forme varie, ibride di locazioni, con diritti del conduttore e del proprietario diversi da quelli usati presso i Romani; e nel sec. XIV e seguenti con esso indicavansi tutti i contratti agricoli, dalla locazione al massarizio, quelli col correspettivo di un canone, e quelli coll'obbligo di servitù personali (carrate, manuopere, ecc.), il livello, la colonia parziaria, il contratto *ad partionem*, le enfiteusi appodiatizie, la precaria, il censo, il fitto perpetuo, e altri contratti colonici, i quali differivano tutti fra loro e in confronto dell'enfiteusi romana, sia per il contenuto, sia per gli estremi e l'origine. — « *Verbum emphyteusis est aequivocum* » scriveva Molineo, e ciò pei diversi contratti che conteneva, come pei diversi nomi che portava. Difatti essendosi per opera del diritto volgare introdotto l'uso di costituire l'enfiteusi mercè di un contratto scritto, detto *libellus* o *libellus convenientiae*, il quale conteneva la petizione con cui solevasi dall'enfiteuta chiedere la concessione della terra; venne che al sec. VI l'enfiteusi si disse anche livello, contratto libellario (libellariae), nome che poi restò nel diritto italiano fino a noi, a un contratto molto affine all'enfiteusi e spesso sinonimo di essa; — mentre in qualche rapporto ne differiva, sì perchè non esigeva per l'alienazione del fondo il consenso del concedente, sì perchè doveva rinnovarsi a certi determinati tempi, sì perchè certe cause di caducità e di retratti non esistevano che pell'enfiteusi. Il livello dovette la sua diffusione alla Chiesa, che l'adottò come quello che eludeva la regola dell'inalienabilità dei suoi beni, funesta alle terre che non poteva coltivare da sola; col livello le faceva coltivare senza perdere la proprietà. Dalla Chiesa derivarono poi le differenze fra livello ed enfiteusi, dovute alle maggiori cautele necessarie per tutelare la proprietà ecclesiastica.

All'enfiteusi avvicinavasi anche il *fitto perpetuo* — così detto perchè i contraenti avevano solo in vista la fissità del canone — il quale non era soggetto a rinnovazione ed era di libera alienazione.

Affine all'enfiteusi era pure il contratto censuale che segna l'ultima modificazione che ricevette la concessione delle terre per renderle produttive perchè con esso il censuario acquistava l'assoluta e piena proprietà del fondo, ed era riservato soltanto al con-

cedente un'annua pensione o *censo reservativo*. Ciò costituiva la grande, intima differenza fra tal contratto e l'enfiteusi.

In questi contratti vedesi una gradazione che comincia dalla *colonìa parziaria* e finisce al *censo riservativo*. In quella il coltivatore conserva sempre una stretta dipendenza verso il proprietario e il suolo. Poi viene l'enfiteusi e il livello, in cui il concessionario purchè soddisfaccia alle sue obbligazioni, è padrone dei frutti e ha diritti reali sul fondo. In ultimo nel censo riservativo il coltivatore è assoluto, libero proprietario del suolo, coll'unico onere della prestazione della rendita stipulata: egli è messo sulla via che lo può condurre alla proprietà per mezzo del lavoro; il prestigio di una proprietà, comunque non piena, creerà in lui sentimenti nuovi di operosità. Sifatta evoluzione scorgesi nella storia interna dell'enfiteusi italiana. Nell'antica il concedente restava proprietario e l'enfiteuta semplice possessore; nella medievale si era inventato il concetto di una proprietà divisa fra entrambi; nella moderna la proprietà passa all'enfiteuta, riserbando al padrone solo il diritto al canone. Questa ultima forma non è che il censo riservativo. Tale evoluzione è legata ai progressi della cultura, quando l'impiego dei capitali dell'enfiteuta tende a soverchiare l'originario valore del terreno concessogli. Poi questa progressione servì e al miglioramento della condizione delle persone e a quello dell'agricoltura.

Scopo dell'enfiteusi era il miglioramento del suolo (*ad meliorandum, cultandum*, ecc.), nel che è riprodotto il carattere della enfiteusi bizantina. Si doveva quindi applicare solo sul suolo, ma poi si estese alle case, agli oneri reali e alle decime. Questo scopo avrebbe dovuto bastare a tenerla distinta dal feudo che mirava solo alla scambievole difesa colle armi, ed era istituto tutto militare. Invece l'ambiente fu più forte di queste ragioni; e come i feudi cessarono di essere istituzione politica e divennero modo civile contrattuale della proprietà, quando non solo gli immobili, ma tutto fu oggetto di investitura feudale, senza onere di servizio militare, ma per ufficio di domesticità nelle case dei signori; allora enfiteusi, livello, censo assunsero le forme apparenti ed esterne di investiture feudali e viceversa, e così si chiamarono (Toscana 1415) responsioni di diversa natura dovute ora in ricognizione della mera giurisdizione territoriale, ora come prezzo corrispettivo dell'ottenuta concessione di terre, ora per il titolo civile e politico del possesso reale e della subiezione feudale (Poggi).

Quando il feudalismo era in fiore, molte concessioni livellarie si facevano con oneri prettamente feudali; il che trasformava questa istituzione economica in istituzione politica e l'abbassò presto al livello dei contratti servili, per la inamovibilità dei coloni, per le

servitù personali, pei balzelli, pei patti offensivi della libertà (come il divieto di *exire alibi ad habitandum*). Vincoli personali trovansi inseriti dopo il sec. x, nei contratti enfiteutici e libellarii. D'altra parte nel secolo xiv, i giuristi dovendo dare costruzione giuridica al feudo, l'assimilarono all'enfiteusi, e applicando al feudo i principii romani sull'enfiteusi dissero che il vassallo aveva il pieno usufrutto come l'enfiteuta; i servizii feudali regolarono sulla base del canone, al vassallo imposero l'obbligo di migliorare il feudo, l'autorizzarono ad alienare, salvo la cinquantesima giustinianea e la prelazione, istituti che ricomparvero nel feudo col nome di laudemio e di retratto, e con questi nomi ritornarono all'enfiteusi, voluti non da ragioni economiche e civili, ma dalla necessità di opporre un argine alle usurpazioni dei vassalli; perchè il laudemio (*ius entraturae*, capo soldo) non mirò più solo a far profittare il concedente dei miglioramenti del concessionario, ma a tener soggetto il vassallo, perchè riconoscesse l'alto dominio e a salvare il principio dell'indivisibilità del feudo, minacciato dalle subinfeudazioni e dalla facoltà di alienare. Il processo di reciproca influenza del feudo e dell'enfiteusi continuò anche sotto i Comuni (malgrado le leggi nuove intese ad assicurare ai livellari il possesso delle terre ecclesiastiche, ad estendere la successione intestata e testata fuori dei discendenti, allargare i patti quasi come se si trattasse di libera proprietà); — quando, soppressi i gravami feudali, furono lasciati sussistere le prestazioni e i servizii; allora i signori dissimularono i contratti feudali sotto contratti enfiteutici non meno gravosi e conservarono i loro diritti feudali sotto l'apparenza di convenzioni liberamente stipulate. Per sottrarsi alla sanzione della legge che aboliva i servizii personali e tutte le esazioni per causa di semplice omaggio e non rispettava che i titoli civili contrattuali di proprietà, i signori coprirono le loro oppressioni col manto della legalità. Quindi le inversioni apparenti da un titolo proibito in uno rispettato dalla legge, operate per mezzo di confessioni estorte ai più deboli vassalli e colle quali facevansi le antiche esazioni dipendere da concessioni imaginarie di terre. Difficile perciò si rese distinguere fra le diverse responsioni quali fossero veramente enfiteutiche, quali feudali; talchè in questo tempo in cui il contratto feudale era il sistema civile della proprietà prevalente in Europa, non solo i nomi di feudo ed enfiteusi valsero come sinonimi, ma i giuristi formularono l'adagio « de feudo ad emphiteusim valet argumentum » (Tartagna).

Per tal motivo nell'enfiteusi italiana dei secoli scorsi, e anche nei livelli, trovansi restrinzioni in materia di successione ignote al diritto romano, ma che hanno carattere feudale. Vi si trovano ammesse le pazioni, i fidecommessi, le primogeniture. Si voleva

regolare la successione col principio dell'agnazione (Bartolo): si ebbero enfiteusi pazionate e di provvidenza, come pei feudi — tutte novità che ne modificarono il carattere facendo di un istituto per bonifica delle terre uno strumento di loro deteriorazione.

In ultimo sotto il contratto di livelli perpetui, mascheravansi delle alienazioni di beni che non potevano essere alienati. In queste il canone era tenue o nullo (il fumo di un cappone). Anche queste simulazioni mutavano la natura giuridica del contratto e il carattere economico del canone.

Secondo le regole prevalenti, il livello doveva durare non più di 29 anni, con che si voleva tutelare un doppio interesse: quello del proprietario che temeva di perdere il dominio colla prescrizione di 30 anni, e quello del colono, che temeva perdere la libertà ed essere convertito in manente, ove risiedesse su terra altrui per oltre 30 anni. Alla rinnovazione si pagava al padrone un piccolo emolumento. Però non mancano i livelli a 40, 50, 100 anni, a tre, quattro, sette generazioni. Il che non vuol dire che quelli a tempo cessassero collo spirare del termine: ma si intendesse solo stabilito l'obbligo della rinnovazione. Il livellario trasmetteva il suo diritto ai figli, ma non poteva alienarlo, nè sublivellarlo, amenochè nei patti non fosse diversamente stabilito. La regola di successione era generalmente la feudale, con esclusione delle donne. Il non avvenuto pagamento del canone portava multe (sotto forma di canone raddoppiato) o decadenza.

237. Le innovazioni subite nella dottrina dall'antica enfiteusi romana per l'influenza del contratto feudale riguardano la sua natura, la successibilità, l'alienabilità, la resolubilità. Rispetto a questi punti i giuristi inventarono la distinzione del dominio in diretto e utile, la pazione, la provvidenza, la recognizione *in dominum*, le rinnovazioni. Malgrado si dicessero osservatori delle norme romane, fecero dell'enfiteusi un *contractus informis* sottoposto agli usi e alle leggi locali.

La distinzione del dominio in utile e diretto (1) risponde alle miscele di idee romane e feudali prevalenti nei giuristi antichi italiani e fu immaginata dai feudisti per l'abito di tutto accomodare al diritto romano, tutto vedere e giudicare attraverso questo prisma, e al feudo stesso dare costruzione giuridica romana. — Nel diritto romano l'enfiteuta e il superficiario non avevano un dominio utile ma soltanto un'*actio utilis in rem* e il proprietario una *directa*. Questa differenza e queste denominazioni passarono, per opera dei glossatori, nella natura del rispettivo diritto, ossia essi figurarono, sulla base delle due azioni, un *dominium divisum*, che si diceva *dominium directum* nel domino e *dominium*

(1) Poggi, I, 94-103; Dunker, *Z. f. d. R.* II, 177-212; Stein, *Verwaltungsrecht,* VII, 164-178, 293-342; Landsberg, *Glosse des Accursius*, 92-101; Beseler, 4 ed., § 81; Stobbe, II, § 80; Heusler, § 87.

utile nell' enfiteuta. Si noti però che nel medio evo il significato di *dominium* non era quello di diritto di proprietà nel senso del diritto privato, ma di signoria nel senso di mundio, di autorità: cosicchè molto qualità di dominii si potevano avere, mentre non si aveva che una sola proprietà. Ed era concetto tutto germanico che la società, lo Stato o il re avessero un *dominium eminens* su tutto il territorio, il quale dominio poi o si ritenne alienato in favore dei privati, o col diffondersi delle istituzioni feudali fu applicato ad altri istituti e diritti sui beni altrui, istituti non appartenenti al diritto privato ma al pubblico, ed estrinsecantisi (come nell'espropriazione, ecc.), nel campo della proprietà privata. Insomma il difetto di una certa e fissa idea di proprietà fu la causa di questa funesta terminologia e delle tante difficoltà ed equivoci che nemmeno sono scomparsi dalla moderna letteratura giuridica. Essa ebbe però degli oppositori: Accursio la ripudiò, Cuiaccio, Donello, Molineo, Alessandro Tartagna dissero non esservi un dominio utile, ma un solo dominio che è il diritto di proprietà: e sostennero che l'enfiteuta ha un quasi dominio e un'azione utile che non può dar origine al nome di dominio utile. Nelle moderne legislazioni e nella scienza moderna combattuta dai romanisti (Windscheid, Vangerow, Brinz), dai civilisti più eminenti (Thibaut, Dunker, Gerber, Förster, Randa), questa distinzione non ha più valore (1). Tale distinzione dei dominii tolse all'enfiteuta molte libertà che gli riconosceva il diritto romano; così la potestà di alienare venne assoggettata al consenso del dominio diretto.

Nelle enfiteusi si introdussero ancora le prelazioni di un sesso sull'altro e speciali contrattuali vocazioni successorie contrarie al diritto romano dette *pazioni*. Queste enfiteusi pazionate dovettero la loro diffusione ai fedecommessi, e formarono con essi quella classe di beni che vincolati a un ordine precedente di successione inalterabile restavano sottratti per una legge privata e contrattuale alla circolazione, e che i dottori dissero beni differenti, in opposizione ai disponibili o indifferenti. Queste pazioni, derogatorie al principio romano dell'alienabilità dell'enfiteusi, temperarono i giuristi con miti interpretazioni e colla dottrina della quasi allodialità derivata dalle enfiteusi ecclesiastiche. I diritti correlativi poi che in occasione di alienazione nascevano in favore del padrone diretto rimasero ma con nomi diversi. Il diritto di prelazione si disse retratto, l'emolumento della quinquagesima laudemio (1|3, 1|4, 1|10, 1|60 o la somma rispondente al canone annuo), il nuovo contratto di concessione investitura, tutti nomi tratti dal contratto feudale.

Le rinnovazioni ignote al diritto romano e introdottesi nel medio evo, quando, per essere l' enfiteusi temporanea e pazionata, moltiplicaronsi i casi delle devoluzioni, furono pure diligentemente regolate dai dottori, e si ebbe la rinnovazione o ricognizione *in dominum* che si faceva nel

(1) La mantengono Maurenbrecker, Beseler, Bluntschli, Walter, Arnold, *Eigenthum in d. deut. Stadten*, p. 59; Heusler, *Gewere*, 123, 134 e *Instit.* che la dice frutto di una profonda e giusta osservazione. Stobbe, Gerber e Duncker dicono però potersi mantenere questo modo sebbene errato.

corso dell' investitura, ogni 5 o 10 anni analoga alla feudale, pagando un *relevio* se dall' erede, *laudemio* se dal possessore, quindennio ossia ogni 15 anni se da un ente morale, — la coattiva pei cospicui miglioramenti, l' equitativa bartoliana che voleva preferiti i parenti dell' estinto enfiteuta nel caso che fosse spenta la linea dei chiamati dal contratto a succedere, e il dirittario divisasse stringere con altra persona nuovo patto enfiteutico, invece di consolidare due dominii.

238. Le enfiteusi feudali furono combattute dai Comuni, alcune furono proscritte nel sec. XIV (Modena 1327) per altre nel sec. XVII fu permesso l'affrancamento: ma esse furono più forti delle leggi e resistettero. I primi colpi ebbero nel sec. XVIII, quando Francesco III d'Este nel 1771 permise la libera alienabilità delle enfiteusi e il loro affrancamento, e quando Leopoldo in Toscana volle abolire i vincoli che inceppavano la disponibilità e commerciabilità della terra, prevenire il condensamento della proprietà in manimorte e rendere coattivo lo svincolo di certe terre laiche tenute ad oneri verso Chiese. Leopoldo ordinò l'enfiteusi su nuove basi, in modo da metterla a servigio di una ben ordinata cultura e renderla utile alle popolazioni. Egli introdusse il così detto sistema livellare leopoldino che rappresenta l'ultima fase evolutiva dell'enfiteusi, quella nella quale l'enfiteuta è come proprietario e il padrone non ha che un diritto al canone. Volle che l'enfiteusi servisse a creare una numerosa classe di piccoli proprietarii sicuri del possesso, interessati al miglioramento delle terre: e ciò ottenne introducendo una specie di perpetuità nel diritto enfiteutico indotta per mezzo della rinnovazione necessaria e della riallivellazione coattiva, accompagnandola con una specie di proprietà sui miglioramenti, proibendo l'aumento del canone, proteggendo in altri modi l'enfiteuta, agevolandogli l'affrancabilità onde divenire proprietario, autorizzandolo a vendere senza il consenso del domino, abolendo il retratto, limitando le cause di caducità, ecc. Nell'intendimento del principe illuminato e riformatore, l'enfiteusi doveva convertirsi da locazione perpetua in vendita a credito (eccetto che pei beni di Chiesa), doveva procurare lo scioglimento delle grandi masse di proprietà, attivare l'industria agricola, trasformare i coloni in livellarii, migliorarli nella loro posizione civica ed economica. Il suo sistema doveva mantenere sempre viva la circolazione della terra. Difatti applicata in ispecie alle terre di Maremma, circondata di opportuni provvedimenti, come pagamenti rateali e graduali, anticipazioni per utensili e bestiami, rispose in gran parte alle promesse, fece sorgere un gran numero di piccoli proprietarii (sopra un milione, dicesi che 700,000 fossero proprietarii di terra a diverso titolo), migliorò le condizioni del coltivatore, e sovra essi esercitò una grande influenza morale (Poggi; Sismondi).

In Francia l'enfiteusi fu dalle leggi rivoluzionarie e poi dal Cod. napoleonico abolita, come istituzione feudale, viziata da concetti fidecommissarii, dannosa alla coltura: ma non fu abolita in Italia, nè in Toscana se non in quella parte che riguardava i diritti casuali, i laudemii, la ricognizione *in dominum*, la caducità, rimanendo quindi enfiteusi civile, spoglia di prestazioni personali feudali. Poi sotto i Lorenesi fu ristaurato il sistema livellare leopoldino. Anche gli altri Stati ristabilirono l'enfiteusi romana: soltanto nel Piemonte si permisero sì le locazioni centenarie, ma si tacque sull'enfiteusi. I progetti tanto del Governo che del Senato pel nuovo Codice la posero pure in oblìo, ma le raccomandazioni della Camera in vista delle terre incolte di Toscana e Sicilia la richiamarono in vita e l'enfiteusi fu creata sulle traccie dei codici napoletano, parmense ed estense. L'esclusione, dicevasi, era la logica conseguenza di leggi anteriori che dichiaravano redimibili le enfiteusi non solo a volontà dell'enfiteuta ma anche del proprietario diretto: pei terreni incolti provvedevasi colla locazione centennale. Ma l'ammissione di un'enfiteusi non romana, svestita da ogni mistura di elementi feudali, colla redimibilità a libito dell'utilista, con pochi casi di devoluzione, senza laudemii — di un'enfiteusi che non è più noia, fastidio, colèra, nomi che erano divenuti sinonimi di livello — acquistava importanza economica e diveniva mezzo per accrescere la pubblica ricchezza e per sostenere i diritti del lavoro di contro alla proprietà fondiaria, e farli partecipare all'acquisto di essa.

CAPO XXX.

GLI ONERI REALI (*).

239. *Onus* o *servitium reale* (in antitesi a personale) dicevasi l'obbligo a una prestazione (censo, rendita, decima) che gravava il possessore di un fondo. Varia poteva essere l'origine di quest'onere, ma sempre germanica, perchè il diritto romano non conobbe un simile istituto, intermedio fra il diritto di proprietà e quello delle obbligazioni, partecipe della natura dell'uno e dell'altro e nello stesso tempo differente. Secondo la dottrina e la pratica del medio evo l'onere reale dipendeva da un diritto di signoria, da un diritto eminente sul fondo gravato, la importanza del qual diritto era

(*) **Bibliografia**. — Duncker, *Die Lehre von d. Reallasten*, 1837; Renaud, 1846; Friedlieb, 1860; Häberlin, *Z. f. d. R.*, XVIII, 1858, p. 131-172; Beseler (4ª ed., 1885), § 95-98; Stobbe, II, § 100; Heusler, I, 358, 344 segg.; II, 183, 220; Schroeder, 261; Pertile, IV, p. 410 segg.; Brink, cit. a § 223, p. 15-48.

determinata da speciali e individui rapporti; e quindi poteva derivare da vera signorìa sul fondo oppure da convenzionale obbligazione a una prestazione. Col risorgere del diritto romano, queste prestazioni furono variamente classificate, ora come diritto reale, *jus in re*, ora come diritto personale od obbligazione, senza però mai approfondire la natura giuridica dell'istituto. Guido Papa, De Luca le considerò come obbligazioni; Covarruwias e Carpzovio come forme ipotecarie, altri (Eineccio) come servitù, ecc. Le stesse controversie si sono riprodotte anche pel diritto moderno, specie in Germania, dove questi oneri hanno ancora grande importanza.

Gli oneri reali sono un risultato delle condizioni economiche del medio evo, durante il quale il credito personale era quasi nullo, la prova di un'obbligazione difficile, l'ipoteca poco sviluppata, la proprietà mobiliare poco valutata, l'immobiliare tutto. Un credito ritenevasi sicuro e certo solo quando appariva legato a immobile. Quindi come si sviluppò il credito (risveglio precoce nelle città italiane marittime) e si semplificarono i mezzi di far dei contratti, gli oneri reali perdettero di importanza e di diffusione.

Nel largo senso della parola oneri reali sarebbero tutte le prestazioni che gravano la terra a qualsiasi titolo; le molteplici che dovevano i dipendenti da un signore, quelle dovute allo Stato, quelle dovute a titolo feudale, ecc. Riguardavansi come tali prestazioni che per natura e origine sono di diritto pubblico (come le imposte); altre erano di diritto privato, altre di canonico.

Sono di diritto civile: 1° I censi costituiti per contratto sul suolo nei mutui fruttiferi (*census consignativus* o *constitutivi*, così detti, perchè, in luogo degli interessi del capitale, davasi una determinata porzione di frutti, o in ispecie, o in denaro); erano ritenuti dai giuristi (Molineo) vero contratto di prestito a interesse. Con esso non avveniva alcun passaggio di proprietà, ma la costituzione di un peso sulla medesima, perpetuo, irripetibile. 2° I Censi che il proprietario si riservava sulla terra, al momento in cui la alienava, pur trasferendo il dominio utile e diretto al concessionario. 3° Le *decime sacramentali* pagate alla Chiesa per servizio del culto, di origine biblica, obbligatorie, dopo Carlo Magno, imposte dai papi dopo il sec. IX. Queste decime comprendevano tutti i prodotti della terra e del lavoro (1). 4° Le *decime feudali*, *signoriali*, *dominicali*, pagate come canone o riconoscimento di dominio a colui che aveva dato la terra, e col nome di *nona* alla Chiesa a cui tali terre distribuite dal re appartenevano. 5° Le prestazioni in fitti, onoranze ed opere pattuite fra coloni e padroni dei fondi. 6° Le pensioni vedovili costituite su beni immobili, i vitalizii, ecc.

Quelle rendite fondiarie, *annui redditus, census ad vitam*, *redditus*

(1) Thomassinus, *Vetus et nova disciplina*, III, lib. I, c. 1-15; Fulci, 1882; Lampertico, 1888; Musmeci, *Le decime in Sicilia*, 1848.

perpetui, ecc. (1), che nascondevano prestiti ad interesse, furono sottoposte alle censure del diritto canonico, come infette di pravità usuraria, e a quelle dei teologi che vi riscontravano un'usura mentale, anzi un furto chiamavano la perpetua, come quella che col tempo avrebbe reso sotto forma di interessi e oltre questi il capitale stesso. Ma per la diffusione che presto trovarono, derivata dalla necessità di dare ai mutui parvenza di rendite costituite, di considerare il creditore della rendita proprietario dei fondi che gli erano, per così dire ipotecati fino alla concorrenza del capitale, e gli interessi come frutto del fondo, le leggi civili e le stesse pontificie (Martino V, 1425, extrav. *Regimini;* Nicolò V, 1452), permisero questo contratto; e allora venne la dottrina che spiegò le differenze fra rendite fondiarie e prestiti a interesse, dicendo che qui il capitale poteva essere reclamato, mentre nelle rendite il creditore mai poteva rientrare in possesso del capitale alienato; e così tale distinzione salvò le rendite perpetue dalle censure usurarie, qualificandole come pegni che garantivano il diritto personale del creditore (v. § 272).

Quest'approvazione dei canonisti e più la Bolla pontificia di Nicolò V, tolsero qualunque ostacolo alla diffusione di queste forme contrattuali sulla proprietà fondiaria, del *contratto bollare* o contratto *quandocumque*, cosidetto dall'irrepetibilità del capitale, condizione essenziale da parte del creditore, e dalla redimibilità a piacere del creditore. Il diritto canonico presupponeva in questo contratto come un' *emptio-venditio*, non già un mutuo. Nel diritto napoletano e siculo dove fu accolto col nome di *compra di annue entrate*, o soggiogazione o censo consegnativo, potevasi costituire non solo sui veri immobili, ma sugli offici di famiglia, la giurisdizione, ecc. La quantità della pensione era da Nicolò V fissata al 10 0[0; Clemente VIII la ridusse (1592) al 7. A Napoli sotto Filippo III, era il 14 pei censi fatti alle università o al fisco, il 7 per le vendite di rendite col patto di ricompra, e il 10 per le rendite vitalizie o a tempo. Al 1723 fu ridotto al 5. In questo contratto sono anche notevoli le Bolle di Pio V (1569, 1570), non ricevute però nel Regno di Napoli, le quali spinsero più oltre le finzioni, creando il sistema della communicazione della proprietà, dichiarando cioè che il creditore della rendita dovesse considerarsi come comproprietario del fondo, sino alla concorrenza dei frutti dovutigli.

Il contratto di rendita nelle sue varie forme di censo, ecc., rese, ai suoi tempi, servizii all'agricoltura, mettendo a disposizione di questa i capitali di cui difettava e che tosto vi accorrevano per le cautele e i privilegi di esecuzione parata che lo circondavano. Esso non toglieva la libera alienabilità del fondo, non importava laudemii, cinquantesime, relevii; la condizione assoluta di irreperibilità, anche nel caso di fallimento del debitore o di non pagamento della rendita, la limitazione del diritto del creditore, solo alla prelazione nella vendita, lo rendevano utile in quei momenti in cui il credito era poco sviluppato. Esso fornì i mezzi alle plebi agricole per coltivare e per arrivare alla proprietà per mezzo del lavoro. Spesso però le popolazioni infatuate dall'idea di poter a loro agio

(1) Endemann (cit. § 217); II, 103-157.

riscattare il fondo obbligato restituendo il denaro, facevano tali operazioni, ma poi per le immense imposte, per le guerre e le carestie, trovavansi nell'impossibilità di riscattarsi e dovevano abbandonare il fondo.

Il contratto di rendita è anche passato nei diritti moderni (Codice vigente, 1778 e seg.), che conoscono pure censi riservativi e costitutivi, la cui natura giuridica è quella di vendite; soltanto lo hanno perfezionato, in molti punti, come introducendo casi (per es. il fallimento) in cui il debitore può essere costretto al riscatto della rendita. Ma di origine tutta germanica è la condizione della sua pubblicità (Brink).

CAPO XXXI.

POSSESSO E AZIONI POSSESSORIE (*).

240. Il possesso e il diritto del possesso occupano nel sistema giuridico germanico un posto importante, perchè fino al giorno in cui non prevalse l'influenza romana, il diritto delle cose fu trattato esclusivamente dal punto di vista del possesso. Nè risorto il diritto romano ritornò a dominare la dottrina possessoria di questo, chè sotto l'azione delle idee germaniche erasi nel mondo ecclesiastico formata una speciale teoria sul possesso che, accolta nelle collezioni canoniche e nei tribunali laici, finì anche per prevalere nella legislazione italiana. Tuttavia tanto il diritto romano quanto il germanico e il canonico hanno per la trattazione del possesso lo stesso punto di partenza. Le dissomiglianze si verificano solo nello sviluppo, e le principali sono: 1° la formazione di un molteplice possesso giuridico, — il diritto romano conoscendo solo per pochi diritti reali un possesso e una protezione di esso, mentre il germanico dava un possesso per molti diritti; 2° la durata del possesso giuridico malgrado dejezione e perciò la miscela di una procedura corrispondente agli *interdicta retinendae* e *interdicta*

(*) **Bibliografia.** — Albrecht, *Die Gewere*, 1828; Gaupp, *Z. f. d. R.*, I, 1839; Brackenhöft, id., III e V; Delbrück, id., XIV, 1853, p. 207-262; Sandhaas, *German. Abhandl.*, 1852, 81-162; Bruns, *Recht des Besitzes im Mittelalter*, 1848; Heusler, *Gewere*, 1872; *Instit.*, II, § 81-85; Laband, *Die Vermogenrechtliche Klagen*, 1869, 155-406; Stobbe, II, § 72; Klimrath, *Saisine d'après les coutumes du m. â.*, 1835, nei *Travaux sur l'hist. du dr. franc.*, II, 339-399; Tiercelin, *Revue critiq. de legisl.*, XXXVII; Alauzet, *Hist. de la possession et des actions possessoires en dr. fr.*, 1849; Parieu, *Etude hist. et crit. sur les action posses.*, 1850; Boucart, 1880; Le Fort, *Nouv. Rev. hist.*, I, 345 segg.; Pais-Passino, *Contributo alla storia del possesso nel dir. ital.*, 1886; Ruffini, *L'actio spolii*, 1888; Grossi, *Possesso in fatto di mobili. Arch. giurid.*, XIII, 255-290; Folleville, *Posses. des meubles*, 1873; Ortlieb, id., 1872; Raynauld, 1873; Bemmelen, *Propriété mobilière*, 1887, p. 40, 103, 346-394; Pertile, IV, § 135, 136.

recuperandae possessionis; 3° il passaggio del possesso dal defunto all'erede, il che trovasi nell'istituto della *saisina ereditaria*.

All'antico diritto germanico non era ignota l'antitesi fra il diritto a una cosa e il possesso della medesima. Se non si giunse a dare al possesso come tale una protezione con speciali mezzi giuridici, ad esso però si riconobbe un valore essenziale nel processo, e per la posizione delle parti nel processo, imperocchè il possesso presente e i modi suoi (giusto o ingiusto) decidevano a chi toccasse la prova e con quali mezzi si dovesse provare. Il fatto che si possedeva era per se solo un vantaggio nel processo. Le fonti latine indicano il possesso col nome di *vestitura*, le germaniche con quello di *gewere*, le francesi e italiane di *saisina*.

Nelle antiche fonti la parola *vestitura* ebbe il doppio significato di immissione nel possesso di una cosa come conseguenza della *traditio* o *sala* (§ 233) e di possesso giusto e legittimo, non solo per colui che possiede direttamente la cosa, ma anche per colui che l'ha ceduta ad un terzo perchè la goda; così la Chiesa che dava terre a censo, a precaria, continuava ad avere la *vestitura* di esse (Heusler, Stobbe). *Gewere* ebbe pure lo stesso significato, però nel corso del tempo indicò l'atto di presa di possesso, ma più specialmente lo stato e il diritto di possesso.

La parola *gewere* è presso i Germanisti interpretata variamente. Eichhorn intese, per *gewere*, in senso lato la detenzione di fatto e in senso tecnico il possesso collegato al diritto reale. Albrecht, il primo e vero illustratore di questo campo sì difficile, riguardò la *gewere* germanica quale diritto all'azione reale, con esistenza a sè, cioè quale facoltà di difendere la cosa contro chiunque, facoltà competente a chi è nel possesso della cosa e a chi non lo è, ma ha un diritto certo sulla cosa (e in fondo a questa teoria si rannodano le più recenti). Gaupp chiamò *gewere* qualunque diritto sopra una cosa, compreso quello di possedere indipendentemente o no dalla detenzione. Zoepfl invece riscontrò la *gewere* nel diritto di perseguitare la cosa presso chiunque si trovasse. Per Schulte la *gewere* non è un diritto, ma il fatto di esercitare un diritto sulla cosa: per Brunner è il possesso o il diritto di possedere, cosicchè nei mobili significa detenzione e negli immobili esercizio di fatto di un diritto di possesso. Laband, Heusler, Stobbe sostengono che *gewere* e *possessio* esprimono *quasi* un identico concetto: la *gewere* sarebbe il possesso che come tale è giuridicamente riconosciuto, senza alcun riguardo alla qualità del possesso, cosicchè anche nel diritto germanico si avrebbe possesso giuridico tanto nel caso che questo possesso fosse giusto quanto ingiusto, di buona o di mala fede; e quindi, per essi, il posto che aveva la *possessio* nel sistema giuridico romano, l'avrebbe avuto la *gewere* nel germanico. Il punto di partenza sarebbe stato identico: soltanto il diritto germanico avrebbe avuto uno svolgimento incompleto e si sarebbe arrestato, mentre il diritto romano diede al *possesso* una po-

sizione indipendente di fronte al dominio. Sulla *gewere* germanica si sarebbe basata la dottrina possessoria medievale. Questa dottrina, con piccole modificazioni, sembra sia quella che più si accosti al vero.

La *gewere* indica come la *possessio* romana un rapporto di fatto; ma dalla *possessio* romana si distingue in quanto che questo rapporto deve essere conseguenza e manifestazione di un rapporto di diritto, deve avere, cioè, un fondamento giuridico, richiedere che il fatto sia manifestazione di un diritto: cosicchè mentre la romana *possessio* prescinde dalle cause di questo rapporto, lo astrae da tutte le circostanze che lo accompagnano, ne fa un istituto giuridico a sè, con posizione affatto distinta dal diritto e lo protegge senza riguardo all'esistenza del diritto, la *gewere* non ha efficacia giuridica nè protezione se non si basa sopra un diritto, fosse anche ipotetico — non proteggendosi dai Germani il fatto indipendentemente dal diritto. La *gewere* significò esteriorità del diritto di proprietà; il che vuol dire che la facoltà di usare o di godere della cosa era la sua essenza e condizione, indipendentemente dalla natura e dalla bontà del titolo. E così mentre nel diritto romano richiedesi solo l'*animus domini*, nel possesso germanico con concetto più largo vuolsi l'*animus rem sibi habendi*, cioè l'animo di esercitare quei diritti, di godere dell'immobile in base di un titolo qualunque, quando anche tal godimento si manifestasse quale esercizio di un diritto effettivo o preteso. Ciò insomma che caratterizza la *gewere* è il godimento; da ciò la maggior varietà di stati che essa comporta in confronto della *possessio* romana; da ciò la ragione per cui al signore feudale, al vassallo, al censuario, al precarista davasi una *gewere* (1).

Questa *gewere* non esisteva che per gli immobili: pei mobili non si dava *gewere* distinta dal fatto della detenzione, cosicchè aveva la *gewere* chi li teneva nelle mani: il fatto della detenzione supponeva il diritto di farlo, principio che poi la dottrina formulò in questo modo: *possesso vale titolo* e che passò nelle legislazioni moderne; — principio che origina dal carattere coercitivo proprio dell'antico possesso germanico nel quale la domanda dell'attore doveva sempre fondarsi sopra un titolo esecutivo, in modo di escludere ogni ulteriore inquisizione del suo diritto (2). La dottrina germanica inoltre non distingueva il possesso delle cose da quello dei diritti, a differenza della romana, assicurava una

---

(1) Sohm, *Festgabe für Thöl*, 1879, p. 107, e Kohler, *Pfandrechtl. Forsch.*, 167, negano che esistano differenze fra il diritto romano sul possesso e il germanico.

(2) Tartufari, *Del possesso qual titolo di diritto*, 1878, I, 5, cerca l'origine di questa massima nel diritto romano.

gewere a tutto ciò che comportava un godimento anche quando i diritti non avessero immediato appoggio su un immobile.

La *gewere* si acquistava per occupazione, cessione, successione (mezzo questo ignoto al diritto romano). L'otteneva chi veniva nel possesso del fondo e ne aveva l'uso. La trasmissione del possesso per successione originò l'istituto della *saisina ereditaria* che ebbe tanta importanza nell' antico diritto francese, e passò anche nella giurisprudenza che l'accolse col nome di *possessio civilissima* (v. § 256). La *gewere* si perdeva colla perdita di fatto del possesso, sia per rinunzia del possesso ad un terzo, sia che altri ne cacciasse il primitivo possessore.

241. In Italia fino al secolo XIII la pratica mantenne fermi i concetti germanici sul possesso contro le teorie romane. Solo mutò il valore dei termini, perchè, mentre *investitura* indicava nel diritto franco il possesso, in opposizione a *traditio* che era il negozio giuridico che dava il titolo del possesso, chiamò *investitura* l'atto stesso del negozio giuridico, e invece denominò *tenuta* la presa di possesso e il possesso stesso. Questo per la nomenclatura. In quanto all' essenza del possesso, idee confuse, oscillanti fra il diritto romano e il germanico dominarono nella pratica e nella teoria. I glossatori avevano davanti e i testi romani e nello stesso tempo i rapporti del signore e del vassallo, del proprietario diretto e dell'enfiteuta, cioè i possessi molteplici che erano caratteristici del diritto germanico. Essi non seguirono quelli nè adottarono questi. Esposero dottrine non armoniche, nessuno fu padrone di un sistema, nessuno ne ebbe un proprio. Dominati dalla pratica amalgamarono questa colle dottrine della scuola, e incoscientemente passarono da equivoci in errori. La loro dottrina sul possesso è un vero labirinto.

Non compresero il rapporto fra *corpus* e *animus*, scambiarono detenzione e diritto di possedere, basarono i possessi molteplici del diritto germanico sulla fittizia nomenclatura romana della *possessio civilis* e *naturalis*, attribuendo quella al signore, al proprietario diretto (qui ratione sui juris possidet) questa al vassallo e all'enfiteuta (qui naturaliter tantum possidet), fecero di questa distinzione il fondamento di tutta la teoria possessoria per ispiegare i diversi possessi di origine germanica, non ebbero che incertezze di fronte ai diritti incorporali per sapere se erano suscettibili di un possesso come voleva il diritto canonico o di un quasi possesso, come stabiliva il diritto romano, ma nel principio del sec. XIII finirono per seguire il diritto canonico ed estesero il concetto di possesso ai diritti, alle servitù, ai benefizii, alle dignità, alle obbligazioni ai diritti di famiglia, ai diritti matrimoniali e precisamente a quei diritti nell'esercizio dei quali fosse possibile la turbativa. Anche la scienza successiva (Menocchio, Merenda, Ripa, Negusanzio, ecc.) non liberò da queste contraddizioni e incertezze la dottrina del possesso. Le teorie

romane non furono interpretate secondo il loro vero carattere ed essenza: continuarono le sottili distinzioni sul possesso civile e il naturale, giusta i varii aspetti, e cause di possedere: e il civile concentrarono nell'*animus possidendi*, il naturale basarono sul *possideo quia possideo*. In alcuni (Graziano, Sabelli) vedesi inteso il possesso come proprietà presunta (concetto anche di Romagnosi, Del Rosso, esagerato poi da Jhering) e quasi confuso possesso e proprietà: nel che non era estranea l'azione del giure canonico che concepiva il possesso come esercizio di un diritto e l'aveva staccata dalla gretta idea romana di detenzione fisica. Altri (Cavallari) invece non difendevano il possesso che per impedire le lotte fra i cittadini. Le leggi passate poi non intendevano per possesso che il rapporto di fatto indipendentemente dal diritto, protetto penalmente e civilmente senza riguardo alla causa.

In queste teorie vi era però qualche cosa che le legislazioni moderne hanno rilevato e forse rileveranno maggiormente. Una scuola che ha pure i suoi seguaci in Italia (De Crescenzio, Buonamici) sostiene che col tempo il possesso si farà un istituto giuridico per sè stante, sarà sempre più soggetto alle regole proprie del dominio e prenderà sempre più posto nelle leggi, come proprietà presunta. Intanto è certo che il concetto del possesso sotto l'impero delle teoriche sulla proprietà individuale si è venuto trasformando e ha perduto ogni valore giuridico assoluto. Il possesso non è più tenuto come fondamento del dominio, perchè essendo nudo fatto, non può generare un diritto che deve preesistere e manifestarsi in quel diritto.

Il Cod. italiano è stato ecclettico fra le legislazioni e le dottrine: dove riproduce disposizioni del Cod. francese, dove dell'austriaco: come il francese, distingue tre possessi, il giuridico che dà gli interdetti e mena alla prescrizione di 30 anni, il legittimo e il possesso di buona fede, mentre l'austriaco, come il romano, non ne conosceva che due. Ha pure riconosciuto il possesso dei diritti. Insomma anche il nostro Codice, come i precedenti, si risente delle incertezze che dominano nella letteratura giuridica passata e della varietà dei concetti sul possesso a cui si sono ispirate le passate legislazioni. Fino a un certo senso si potrebbe muovergli il rimprovero di avere queste incertezze o indeterminatezze accresciute, per avere confuso sotto lo stesso titolo due materie distinte, il possesso puro pel quale si attenne alle dottrine di Savigny, e il possesso che conduce alla prescrizione, pel quale seguì le tradizioni della scienza italiana antica (1).

---

(1) Pescatore, *Possesso e azioni possessorie. Giornale delle leggi*, 1871; Milone, *Il possesso delle cose e dei diritti*, 1875; Viti, *Comm. di proc. civ.*, 1872, p. 248 segg. Tartufari, 1878.

Sull'origine dell'art. 688 del Cod. civ. e sulla formazione della teorica relativa vedi Salvioli, *Gli atti meram. facoltativi, storia e critica dell'art. 688. Circolo giurid.*, an. XVIII, 1887.

242 (*). Il diritto germanico antico non aveva una speciale procedura possessoria, non conosceva una distinzione fra possessorio e petitorio (1): il possesso, come tale, non aveva protezione amenochè il possessore o il deietto non provassero il loro diritto a possedere. Tale mancanza deriva dalla natura del possesso germanico che esiste solo quando ha per sua base un diritto qualsiasi e che non può essere concepito separato dall'idea di un diritto. Non potendosi staccare l'idea del possesso da quella del diritto, nè conoscendosi la distinzione del diritto romano fra dominio giuridico e dominio di fatto, non poteva darsi un procedimento possessorio distinto da quello di diritto, scindere cioè il possesso e la sua turbativa dal diritto su cui quello si fonda. Anche il deietto violentemente doveva sostenere e provare il suo diritto al possesso. Però era conosciuto un procedimento possessorio per stabilire chi era il possessore nel processo (2); un procedimento nel quale non si discuteva il semplice possesso se non in quanto ognuna delle parti pretendeva averlo. Il giudice stabiliva per testi il fatto su cui si giudicava la questione di diritto (3). Il sapere chi aveva la *gewere*, o vestitura era cosa sempre di grande importanza: il possesso dando la qualità di convenuto nelle convenzioni giudiziarie. Chi lo aveva, godeva del privilegio e benefizio della prova che poteva limitarsi anche al solo giuramento; — mentre ciò era per diritto romano un onere dell'attore. Da qui si sviluppò poi il principio tutto germanico che nella procedura sul possesso è più commodo lasciare il possesso a chi l'ha, e che il possesso non può essere tolto per la forza, ma solo per decisione del giudice.

Se mancavano però i mezzi civili per la tutela del possesso, il diritto forniva mezzi penali, analoghi a quelli stabiliti contro la privata violenza (Liutp. 134). Ma il bisogno di ordine, di pace, di limitazione alla forza privata, anche nella via civile facevano desiderare altri rimedii (4): e questi furono recati alla società medievale dal diritto ecclesiastico.

(*) **Bibliografia.** — Oltre le op. cit. al § prec. v. Scialoja, *Comm. del codice di proced. civile* di Pisanelli, Scialoja, Mancini, V, 1877; Tagliacarne, *Monografia storica sulle az. poss.*, 1876; Bourcart, *Ét. hist. sur les actions poss.*, 1880; Baratono, 1883; Milone, 1875; Savigny, *Possesso*, 1857.

---

(1) Duncker, *Z. f. d. R.*, II, 290; Delbrück, id., XIV, 241; Bruns, 285 segg.; Laband, I, 173, 219; Planck, I, 687 segg.; Heusler, *Gewere*, 258.

(2) Schroeder, *Z. f. R.G.*, VII, 131, VIII, 163 segg.

(3) Brunner, *Zeugen u. Inquisitionbeweis der Karol. Zeit.*, *Wien. Akad.*, 1866, p. 27, 64.

(4) Sotto gli Ostrogoti i rimedii possessori romani erano caduti in

Furono antica consuetudine e tradizione della Chiesa, anteriore al sec. IX, che l'esecuzione non potesse precedere il giudizio, cioè che un ecclesiastico spogliato dal suo ofllcio dovesse essere reintetegrato prima di essere giudicato (*exceptio spolii*). Ora nel grande lavoro delle falsificazioni canoniche compiutosi in Francia nel sec. IX e diretto a stabilire la superiorità del papa, la posizione giuridica dei vescovi di contro ai tribunali laici, ai metropoli e ai concilii nazionali, l'*exceptio spolii* fu innalzata dall'incertezza del diritto consuetudinario alla dignità di istituto giuridico, come privilegio dei vescovi per rendere difficile il processarli e come mezzo per ovviare alle difficoltà di difendersi in cui si possono generalmente trovare i vescovi espulsi dalle loro sedi. A tal uopo lo Pseudo Isidoro (§ 36) e altri monaci fabbricarono o accreditarono e divulgarono molte false Decretali contenenti divieti perentorii, ispirati a principii di ordine pubblico, a cui il giudice non poteva derogare sotto pena di nullità. A siffatte falsificazioni accreditate dallo Pseudo Isidoro appartiene il celebre canone *Redintegranda* (1) che diede uno dei suoi nomi all'*actio spolii* (2).

Essenza dell'*exceptio spolii*, che competeva ai vescovi e a chi esercitava di fatto diritti episcopali e su tutte le cose che di fatto avevano posseduto, consisteva in ciò: 1° che era inerente a ogni specie di possesso; 2° che non era più esclusivamente prodotta dalla violenza ma da ogni altro modo di ingiusta spogliazione; 3° che poteva essere intentata contro qualsiasi possessore della cosa, senza riguardo alla sua buona o mala fede, cosicchè l'attore doveva solo provare di essere stato spogliato, mentre l'interdetto romano *unde vi* era puramente personale e il terzo possessore di mala fede, anche cioè se sapeva della violenza fatta, non poteva essere molestato; 4° che faceva cessare immantinente l'accusa criminale mossa contro il vescovo spogliato, qualunque fosse l'entità e la persona che la moveva; 5° che obbligava il giudice a reintegrare di ufficio il vescovo spogliato, chiunque fosse lo spogliatore e senza riguardo all'*animus* con cui questi deteneva la cosa.

---

disuso e gli individui preferivano prendersi anche colla violenza le cose proprie tenute da altri. *Ed. Theod.*, 16, 75, 76; Cassiod., *Form.*, VII, 3.

(1) « Redintegranda sunt omnia expoliatis vel eiectis episcopis..... quacumque conditione temporis aut dolo, aut captivitate, aut virtute maiorum, aut per quascumque iniustas causas res ecclesiae vel proprias aut substantias suas perdidisse noscuntur, ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem ».

(2) Goechke, *De except. spolii*, 1858; Maassen, *Zur Dogmengesch. der Spolienklage. Jahrb. d. gemein. deut. R.*, III, 1859; Bruns, 219-232, 256-261, 390-397, 417; Ruffini e le altre op. cit. al principio del Capitolo.

Al tempo dello Pseudo Isidoro questo rimedio era esclusivo dei vescovi e riguardava solo le accuse criminali mosse contro essi; e quindi non era un rimedio possessorio nè un rimedio contro lo spoglio, ma un privilegio processuale dei vescovi e di carattere dilatorio. Lo si adoperava solo nelle cause dubbie non nelle manifeste, nelle quali si procedeva a una reintegrazione definitiva e all'immediata punizione dello spogliatore. Esso traeva la sua origine dal concetto germanico che il deietto non perde l'investitura, ma tiene la cosa *animo* finchè non è dichiarato dal giudice decaduto. Nel tempo fra Isidoro e Graziano (1150) sifatto rimedio fu esteso dalla pratica ad ogni ceto di persone e anche nelle cause civili per le singole cose: però Graziano non fece sua questa estensione e riconobbe l'*exceptio spolii* soltanto come privilegio dei vescovi. Ma dopo lui questa *exceptio* che non era un rimedio possessorio, nè una vera azione, divenne tutto questo presso i Decretisti, forse anche per influenza del diritto romano possessorio, e si divise in due parti, in un'azione (*actio spolii, spoliatus statim restituendus*) affidata all'iniziativa del leso, per ottenere la restituzione delle cose toltegli, la quale azione si sostituiva all'ufficio del giudice; e in un'eccezione (*exceptio spolii*) in virtù della quale al giudizio doveva farsi precedere la reintegra. Tanto l'azione che l'eccezione presupponevano spoglio: quella divenne mezzo restitutorio conformata al diritto laico, questa restò dilatoria e declinatoria del giudizio, secondo i principii canonici, e perciò più potente dell'azione. Era conosciuta coi nomi di *condictio ex can. redintegr. remedium spolii* e nel sec. XVI in Italia con quello di *actio spolii* nel senso ristretto di azione fondata sul c. *redintegr.* (Ruffini). La dottrina lavorò moltissimo attorno a questo istituto, e si nota nella letteratura una tendenza a spingere agli estremi le conseguenze derivanti dall'*actio* e dall'*exceptio spolii* e dare ad esse la maggiore applicazione. Si ammise, per es., che il possesso dovesse sempre presumersi vizioso e che quindi un possesso precedente legittimo fosse per se stesso fondamento dell'azione di spoglio e che nel processo incumbesse al convenuto l'onere della prova; togliendo così nel fatto ogni protezione al possesso per se stesso in favore del possesso che poteva essere dimostrato legittimo, e confondendo così il possesso col diritto di possedere. Contro questa estensione dell'azione di spoglio che non serviva che a rendere lunghi i giudizii e a sottrarre con eccezioni possessorie a una sentenza di condanna, due papi, Innocenzo III e IV, per influenza del diritto romano, stabilirono che pei giudizii civili l'eccezione potesse avere efficacia di sospendere il processo solo quando si trattasse di spoglio commesso dal possessore o da lui cognito al momento dell'acquisto della cosa, e che lo spogliato dovesse provare la sua asserzione entro 15 giorni: e per le azioni criminali richiesero la violenza e che il giudice assegnasse un termine per la restituzione in possesso. Ma la dottrina e la pratica non seguirono quelle restrinzioni e si attennero al Decreto.

Le gravi condizioni d'Italia dove il diritto non valeva se non in quanto era sorretto dalla forza, obbligavano a rimedii possessorii più efficaci che quelli del diritto romano. Quindi i più antichi romanisti trattarono la turbativa del possesso solo nella forma dell'azione di spoglio, avvici-

nandola all'*interdictum unde vi* e, per gli effetti contro il terzo possessore all'*actio quod metus causa:* e con tali espedienti cercarono dar veste romana al rimedio canonico, che era più largo e più pieghevole dell'*interdictum unde vi*, soppressero le limitazioni romane secondo cui il deietto poteva agire solo contro il deicente, introdussero la responsabilità del terzo possessore anche davanti ai tribunali laici. Ma poi, approfondite le differenze, vennero le opposizioni e nella giurisprudenza del sec. XV al XVIII trovansi manifesti attacchi contro la *actio spolii* del giure canonico. Se la maggioranza dei giuristi (Pontano, Decio, De Ferrariis) l'ammise in tutta l'estensione, anche senza le restrinzioni delle Decretali, altri (Menocchio) non le riconobbero una posizione indipendente, la fusero e la contemperarono all'*interdictum unde vi* e ne restrinsero le applicazioni. E questi attacchi continuò anche la scienza romanistica moderna (Savigny, ecc.).

Nelle antiche leggi italiane la difesa del possesso trovasi affidata ai rimedii canonici. Lo spoglio (*dissasina, disvestire, invadere, intrare in possessionem, exforciare, inquietare, turbare, destituere*), dava origine ad un'azione anche contro il terzo possessore, fosse o no in mala fede « sive sciens, sive ignorans per « quascumque manus possessio ambulaverit » (*Cost. sicul.*, I, 26), anche se non vi era violenza: e ciò pei mobili e gli immobili, gli onori, i benefizii, gli ufficii, i diritti tutti, compresi quelli di famiglia. La semplice violazione del possesso era, nelle leggi del secolo XIII (1), considerata come lesione di un diritto. Talchè anzitutto le cose dovevano essere rimesse nel loro pristino stato e l'ingiusto aggressore punito. La reintegrazione si compiva dietro la semplice prova della spogliazione avvenuta; e non si entrava in alcun modo nel petitorio. Mentre il diritto germanico, quando lo spoglio non fosse accompagnato da violenza, faceva dipendere il giudizio sulla punibilità o no del fatto dall'esito della lite, che doveva risolvere la questione di proprietà, nelle leggi del sec. XII e XIII trovasi già una difesa del possesso, benchè non ancora costituita, sotto forma di azione possessoria autonoma, che per se sola occupa tutto il campo del giudizio e non può essere infirmata da nessuna eccezione petitoria. Lo spoglio riguardavasi sempre delittuoso e dava sempre diritto alla reintegra nel possesso che doveva succedere immantinenti (Nani).

In seguito le leggi si svestirono degli elementi penali (di origine germanica), e fecero predominare sul carattere penale il civile della reintegra, che prima vi figurava come accessorio, nel senso canonico e civile; finchè, nel sec. XIV, l'azione civile com-

(1) Nani, *Stat. di Pietro II* (cit. § 80), p. 31; *St. di Amadeo VI*, p. 28; Briegleb, *Vermischte Abhandl.*, I, *Arrest u. Kummer*, 1-95.

parve totalmente svincolata dalla penale. D'allora la legislazione italiana seguì il principio (Amadeo VIII, 1430, *Costit. sarde*, 1723, 1770), che lo spogliato *vi et clam* del suo possesso dovesse, accertata in qualsiasi modo la notorietà del fatto, essere reintegrato nel suo primiero stato, senza processo e senza dilazione da quel tribunale a cui apparteneva la cognizione della causa.

Nello stesso tempo la pratica adottò un altro temperamento alla lunghezza dei giudizii, come mezzo di conservare provvisoriamente la condizione delle parti, quale trovavasi al momento dell'istituzione della causa in petitorio: ed era la manutenzione nel possesso triennale; si implorava cioè dal giudice di ordinare l'osservanza del solito praticato nei tre anni anteriori alla lite, prima di conoscere dal merito.

243 (*). Per la conservazione del possesso contro le minaccie e contro qualsiasì atto turbativo, la dottrina e la pratica medioevale, fin dal sec. XII, sulla base degli *interdicta uti possidetis* ed *utrubi* che apparvero insufficienti e troppo lunghi dove abbisognavano rapidi provvedimenti, introdussero altri espedienti, quando vi era pericolo di violenza fra diversi pretendenti a una cosa, come di autorizzare il Tribunale a procedere di ufficio, sequestrando la cosa, a tutelare lo stato di possesso, a costringere le parti a produrre le prove del loro possesso e giudicare secondo queste — di modo che non fosse ulteriormente possibile che una azione petitoria. Siccome la procedura era divenuta più lunga e complicata, cosa che quasi giustificava l'abitudine di farsi giustizia da sè, una contestazione sul possesso, che in Roma antica poteva essere risolta in pochi giorni, si trascinava per anni, e le parti non si facevano scrupolo di ricorrere alla violenza e impadronirsi della cosa. L'incertezza del possesso dava lo stesso pretesto all'impiego della violenza, che si poteva sempre adoperare sotto aspetto di difesa. Era dunque necessaria un'istituzione giuridica particolare per impedire alle parti di farsi giustizia da sè, durante il lungo intervallo di tempo che poteva passare, finchè non si fosse dal giudice deciso sul possesso.

Più tardi, per la tendenza della dottrina canonica ad abbondare in cautele, si stabilì che il regolamento del possesso e il

(*) **Bibliografia.** — Bayer, *Theorie d. summ. Pr.*, 7ª ed., § 65; Brieglеb, *Einleitung in d. theorie des Summar. Processe*, 1859, pagina 51 segg.; Bruns, *Besitz.*, 232-236, 270-274, 375-385, 397-406; *Das altere Besitz. u. das Possessorium ordinarium* nel *Jahrb. d. gem. d. R.* di Muther e Bekker, IV, 1-109; *Die Besitzklagen d. roem. u. heut. R.*, 1874; Delbrück, *Dingliche klage des d. R.*, 1857; oltre Heusler, Ruffini, Pais-Passino, Wetzell, *Lehrb.*, § 30; Windscheid, I, § 148-164; Lattes, *Studii di diritto statutario*, 1886, p. 3-66, Pertile, IV, pag. 177.

divieto a investigazioni incomplete, valessero come atti preliminari e che la decisione definitiva sul possesso si intendesse riservata. In tal forma si estese la procedura di un immediato regolamento del possesso a tutti quei casi nei quali il possesso poteva essere minacciato durante la lite. Siccome poi ciò richiedeva domanda della parte e la procedura invece del carattere amministrativo che aveva prima, si modellava come un processo formale svolgentesi fra le parti, così si ebbero due procedure del possesso, il *possessorium summarium* e l'*ordinarium*, o come si dissero in seguito e dopo il sec. XVI, *poss. summariissimum* e *summarium*, essendochè anche l'*ordinarium* espletavasi con forme sommarie.

Il *poss. summariissimum* detto anche *momentaneum* o *mandatum de manutendo* o *tenuta* (De Bocatiis, Guarini, Portius), intravveduto già nelle opere dei glossatori e decretisti, non ebbe completa applicazione pratica che nel sec. XV e vera sistemazione che con Paolo di Castro, il quale precisò come esso non dovesse in alcun modo pregiudicare la *causa possessionis*, ma solo ricercare chi avesse avuto l'ultimo possesso e questo provvisoriamente difendere. Tale rimedio straordinario, non in quanto alle forme, ma in quanto agli effetti, era quindi un'azione sul possesso presente, la cui applicazione rese poi inevitabile la conseguenza che il *poss. ordinarium* si trasformasse in un mezzo possessorio sull'antico possesso, in un *interd. recuperandae possessionis* (1). Il suo risultato non era di pregiudicare il possesso giuridico, e quando il *possessorium ordinarium* stabiliva a chi questo spettasse, il giudizio del *summariissimum* dava a quel possesso provvisorio il carattere di detenzione, di deposito o sequestro giudiziale; esso, insomma, non comprendeva che il *possessorio momentaneo*. Per verità i giuristi del XVI e XVII sec. (Merenda, Menocchio; contro Scaccia, Maranta, De Ferrariis, Lanfranco de Oriano), non furono molto favorevoli a questo rimedio: ma fin da principio ebbe l'approvazione delle leggi (2) e dei tribunali, in quanto che serviva a impedire le violenze a mano armata fra le parti mentre si svolgeva la lite definitiva sul possesso, e perchè designava la parte che ciascuno dei contendenti doveva assumere in quest'ultima lite. La procedura doveva essere rapida (*de plano*, *cognitio summaria*), le prove erano ammesse anche se semipiene; nessun appello.

244. Se i pratici avevano idee chiare sul sistema delle azioni possessorie che aveva corso nei tribunali, altrettanto non si può

(1) Come volevano Menocchio, Richeri, Hommel. Si disputa se il *possessorio* del medio evo risponda all'antico romano. Savigny, *Il possesso*, § 51, e Delbrück, l'affermano; Bruns e Heusler ritengono che sia germanico.

(2) Nani, *Stat. di Amadeo VI*, p. 28 segg.

dire dei romanisti del sec. XVIII, che seguendo inesatte ed oscure definizioni (come quella di Vinnio) pretendevano che le azioni possessorie fossero i veri interdetti romani. Trovando alcune analogie fra il *summariissimum* e l'*int. uti possid.*, fra l'*actio spolii* e l'*int. unde vi*, e non preoccupandosi delle differenze, gettarono nelle idee una confusione che le leggi moderne non hanno dissipato e che si riproduce specialmente nel Cod. francese. Questo, come gli italiani che da esso derivarono, sono informati al diritto romano, germanico e canonico, e disposizioni che per l'origine sarebbero fra loro repugnanti, trovansi assieme coordinate. Così trovasi protetto il possesso annale (principio di origine germanica) e nello stesso tempo inserita la disposizione romana, che l'azione di reintegra deve essere intentata entro l'anno. Ma l'evoluzione giuridica della tutela del possesso trovasi riprodotta: si vede cioè che gli interdetti conservativi e restitutivi del possesso, distinti a Roma, sono riuniti in un'azione generale, che il diritto del possesso non può essere acquistato che per un'azione giuridica prolungata (un anno), che infine l'azione possessoria è eretta in azione reale con tutti i caratteri che la distinguono; i modi di turbativa non sono classificati in tante categorie (26, secondo Menocchio), ma ridotti a due: turbative di fatto e di diritto.

Nel compilare gli articoli che riguardano le azioni possessorie, il legislatore italiano (e sardo) si giovò degli interdetti romani, e del diritto canonico e germanico, della giurisprudenza anteriore. Germanico (e antica dottrina italica e francese) è il requisito del possesso annale: all'antica dottrina e pratica italiana appartengono le determinazioni sulla reintegranda. Semplice è il sistema nostro delle azioni possessorie, ristrette a due sole; più semplice e più chiaro del francese (seguìto letteralmente dal napolet.), che non distinse esplicitamente la reintegranda e la manutenzione. — Il Regolamento pontificio, il cod. estense e il toscano ammettevano due specie di giudizii possessori, regolati nella loro essenza dal diritto canonico (sommario o plenario e sommariissimo). Invece il codice vigente legalizzò il processo sommario, ma incluse il possessorio plenario nel petitorio, riducendo così a due il numero dei giudizii e vincolando anche il possesso sommario a norme legali. Sopra tanti altri argomenti, come sulle cose suscettive di reintegra, sulle persone contro cui può sperimentarsi l'azione di reintegra, ecc., è chiara e indiscutibile l'azione del diritto canonico e della giurisprudenza antica; come invece gli art. 443-445 del codice it. di procedura civile trovano la loro spiegazione nelle questioni agitate in questo secolo nella dottrina e giurisprudenza francese (Scialoja).

Aggiungiamo che il diritto vigente derogando al canonico, ha dato l'*actio spolii* al solo autore della spogliazione. Ciò mostra la

incoerenza dei moderni civilisti i quali la vogliono estendere anche ai cooperatori semplici, ecc., e agli eredi, i quali, se lo spoglio è delitto, nessuna responsabilità potrebbero avere, se non pel loro arricchimento (1). La moderna azione di reintegra si è allontanata anche dalla dottrina canonica e medievale, in un altro punto. Mentre questa parificava ogni sottrazione del possesso avvenuta mediante dolo, timore, ecc., alla violenza, oggi ritiensi verificata sottrazione del possesso solo se avvenuta contro la volontà del possessore. Il codice italiano non l'ammette che nel caso di violenza o clandestinità: con chè si è tornati al concetto romano, quantunque non siasi riprodotto il requisito della *vis atrox* dell'*int. unde vi.*

245. Mentre a Roma la *nuntiatio novi operis* non fu mai un interdetto possessorio, nè un'azione, i glossatori equivocando nelle interpretazioni, snaturando l'antica istituzione, diedero origine a una dottrina che distingueva tre specie di *nunt. novi operis*, e applicava a quella *per praetorem* le regole degli interdetti possessorii. Da ciò si stabilì una specie di azione possessoria che aveva per effetto di dare il possesso al denunciante, mentre la *nunt.* ne conferiva realmente, secondo i testi romani, tutti i vantaggi all'avversario. Aperta la via, altri giuristi ritennero che anche la denunzia verbale fosse un mezzo possessorio, e altri abolirono senz'altro la massima romana « adversarium possessorem facimus », riconobbero che non esisteva che una sola denuncia, quella fatta dall'autorità del magistrato con decreto inibitorio (*fabricatores desistant*, Pramat. 1738) e questa denunzia riguardarono come una vera azione possessoria. A siffatte dottrine dell'antica giurisprudenza collegasi l'istituzione della denuncia di nuova opera, quale è regolata dal cod. italiano, che si attenne in gran parte alle disposizioni del cod. sardo (ispiratosi in gran parte al cod. austriaco: il napoleonico non parla di denunzia di *nunt. novi operis*), e la collocò nel titolo del possesso.

CAPO XXXII.

TUTELA DELLA PROPRIETÀ (*).

246. Incompleto e deficiente fu il sistema delle azioni nel diritto germanico e diverso da quello usato dai Romani. Si guardava solo

(*) **Bibliografia.** — Budde, *De vindicat. rerum mobil. germ.*, 1837; Gaupp, *Z. f. d. R.*, I, 111-143; Delbrück, id., XIV, 222 segg.; Bruns, *Recht d. Besitz.*, 285 e segg.; Albrecht, *Gewere*, 81 e segg.; Heusler, *Gewere*, 81, 487-502; Siegel, *Gesch. d. deut. Gerichtsverf.*, I, 1857, 42, 86, 252; Behrend, *Anevang u. Erbengewere*,

(1) Salvioli, *La responsabilità della famiglia e dell'erede nel delitto del defunto. Riv. ital. d. scienze giurid.*, 1886.

se i fatti sostenuti dall'attore erano di tal natura che potessero dar luogo a una domanda giudiziaria: procedura che ebbe la sanzione del diritto canonico ed entrò nelle leggi di tutti i popoli moderni. Perciò per la rivendica degli immobili non trovansi menzionate nelle antiche fonti le numerose azioni e i ricchi mezzi processuali proprii del diritto romano. Se alcuno aveva a rivendicare un immobile, un fondo, andava col giudice sul luogo, prendeva della terra, la chiudeva in un drappo, la consegnava a un terzo perchè la portasse in tribunale. Davanti a questo pezzo di terra combattevasi la prova del duello. Nessuno però si difendeva da sè, ma poteva richiamarsi al suo autore, il che era il contrario del diritto romano (Schupfer). Questa era specialmente la pratica longobarda, la quale non toglieva che il reo potesse anche difendersi da sè con altri mezzi, come col possesso, l'inquisizione, i testimoni, con qualche carta o anche in altro modo. Il non presentare l'autore non bastava a far perdere la lite. Se era dimostrato che il convenuto aveva posseduto *malo ordine* un fondo altrui, l'attore si faceva rivestire dal proprietario nei modi ordinari. La restituzione dei frutti dipendeva dalla buona o mala fede del possessore. Quegli in buona fede non li restituiva: questi in mala fede perdeva anche il lavoro e per qualche legge doveva pagare una composizione (Schupfer).

La rivendicazione dei beni mobili era più caratteristica. Questa era possibile solo pei beni perduti o sottratti al proprietario, non per quelli volontariamente trasferiti in pegno, deposito, ecc. Contro il depositario che avesse abusato della fiducia, del deposito, ecc., e venduto l'oggetto competeva sempre il diritto di agire in via personale, non però contro ogni terzo *ad recuperandam rem*. L'acquirente era al coperto da qualunque persecuzione, e il suo possesso conseguito in buona fede e a giusto titolo era adeguato dalle leggi a un atto traslativo di proprietà assoluta, sebbene derivante *a non domino*. Il fatto prevaleva sul diritto; e solo nel caso di furto si riconosceva un'eccezione per ragione di ordine pubblico e di equità (1). Inoltre il carattere dell'antica procedura germa-

---

1885; London-Pappenheim, *Die Anefangsklage in ihrer ursprungl. Bedeutung*, 1886; Hermann, *Grundelemente d. allgerm. Vindication*, 1886; A. Del Vecchio, *Sulla rivendicaz. dei beni mobili nell'antico dir. germ. Arch. giurid.*, XX, 1876; Schupfer, *Allodio*, § 55-71; Sohm, *La procéd. de la loi Salique*, 1873, p. 55-77; Jobbé-Duval, *Etude hist. sur la rèvend. des meubles en dr. fr. Nouv. Rev. hist.*, IV, 1881, p. 463, 535; Bemmelen, *Propriété mobilière*, 1887.

---

(1) Così Walter, *Rg.*, § 705. Contro Heusler, *Die Beschrankung d. Eigenthumsverfolg.*, p. 10.

nica che non concepiva il diritto e l'obbligazione in modo astratto, ma solo per le forme che si erano compite, e non teneva distinta l'idea dell'azione da quella di offesa, e nell'azione civile includeva un elemento penale, faceva sì che non si potesse punire l'acquirente che non era colpevole verso il deponente, il pignorante, ecc.

Pei beni perduti o sottratti, se il proprietario li trovava, perchè ne aveva seguito le traccie (*vestigium minare*), prima della terza notte, poteva da sè o col concorso dei vicini (*trustis:* invece London interpreta *trustis* come assemblea giudiziaria) togliere la cosa al possessore che si supponeva ladro (*anefang*, *manum mittere super rem*) giurando che questa cosa era sua, intendendo che egli vi aveva un qualsiasi diritto al possesso di essa, che gli era uscita di mano contro il suo volere. Però chi rivendicava non poteva sempre usare la violenza, nè violare il domicilio altrui. Ciò fatto, se il possessore o presunto ladro non restituiva, era invitato a riferirsi a un terzo, al suo autore da cui teneva la cosa (*intertiare rem*, *in tertiam manum mittere*) per giustificarsi davanti al Tribunale. Se poi la trovava sulla strada o sul mercato oltre i tre giorni, cioè quando il furto non era più flagrante, egli non aveva più il diritto di prendersi la cosa, ma l'attuale possessore poteva tenerla per sè (1), presumendosi questi legittimamente averla avuta, ma egualmente era ammesso a fare la prova, a difendersi: nel giudizio doveva riferirsi al suo autore (2). Cosicchè mentre nel primo caso la procedura era unilaterale, in questo secondo era in contradditorio. La lite era introdotta come nella rivendicazione immobiliare. L'autore, se vi era, doveva constatare, assieme a congiuratori, l'identità della cosa: se non vi era e il convenuto non aveva eccezioni, doveva restituire l'oggetto e pagare la multa o la pena di furto (London), della quale si poteva però liberare se giurava di non conoscere la persona da cui aveva comprato. Se asseriva invece di aver acquistato la cosa da un terzo e a lui si riferiva come a proprio garante (*intertiare*), data colla festuca la promessa di presentarlo al Tribunale (*dare wadiam*) al giorno stabilito, nel foro ove era avvenuto l'*anefang* (secondo il diritto franco) o in quello dell'autore (secondo il diritto longobardo) comparivano l'attore, il convenuto coll'oggetto interziato e l'autore (3). Se questi negava di aver

---

(1) Il che dicevasi *adhramire,* che per Grimm vuol dire consolidare; per Siegel, Scherer, *Z. f. R.G.*, XIII, 267; per Thevenin, *N. Rev.*, III, 1879, 344; per Schupfer, tener fermo, tirare la cosa a sè; per Waitz, Walter, Bruns, affermare solennemente il diritto alla cosa; per Sohm, Pardessus, Heusler, Jobbé Duval, Bethmann-Hollweg, promettere, giurare.

(2) Il che è detto l'*interciare* che Siegel, Sohm, Bethmann-Hollweg, Scherer, Loening, *Vertragsbruch*, 1876, p. 103, interpretano per riferirsi all'autore; Leo, Zoepfl, per prova, per testimoni; Pardessus e Waitz, per sequestro dell'oggetto nelle mani di un terzo; Pertile per divieto al possessore di alienarla prima del giudizio, decreto che facevasi col mettervi sopra la mano.

(3) L'*anefang* serviva a introdurre formalmente la rivendicazione: era mezzo coercitivo per obbligare il possessore a restituire, pena l'ammenda (oltre la pena di furto).

venduto l'oggetto, il convenuto incorreva tosto nell'obbligo della restituzione e in una multa qual ladro, oppure poteva, per le leggi carolingie, provocare l'autore alla prova del duello. Se il convenuto rispondeva essere innocente, giurava con sei congiuratori che aveva acquistato l'oggetto ma non conosceva l'autore: era allora assolto pel furto, ma era tenuto alla restituzione. Se l'autore affermava di aver venduto l'oggetto, allora prendeva il posto del convenuto, a differenza di quanto avveniva nel processo romano, e il primo convenuto evitava l'accusa di furto e attendeva la risoluzione del procedimento fra l'attore e l'autore. O questi chiamava altri in causa, e così il procedimento risaliva e rifacevasi a carico di questi altri: o le sue prove non erano valide oppure perdeva il duello, in tali casi doveva restituire l'oggetto all'attore, pagare l'ammenda, rifare il prezzo al convenuto a cui aveva venduto e garantito l'oggetto contro ogni evizione. Però a limitare il disagio che tale procedimento arrecava a chi cercava cose smarrite e a chi le aveva acquistate, fu stabilito nel sec. X che la loro rivendicazione non dovesse andar oltre al terzo autore, per guisa che questi soccombesse quando non avesse eccezioni per rigettare completamente l'azione, e nessuno fosse tenuto a presentare il proprio autore se abitava più lontano di tre contee. Giunti al terzo autore se giurava della sua buona fede nel momento dell'acquisto, la cosa, previo il pagamento del prezzo, era restituita al rivendicante. Se invece provava il suo legittimo acquisto originario della proprietà contestata, allora il rivendicante perdeva la lite, ed era punito di amenda, come reo di furto.

Queste forme processuali proprie anche dei Longobardi tramontarono fin dal sec. XI, abbandonate anche dagli stessi giuristi pavesi; e vi si sostituirono quelle del diritto romano che poi per opera delle scuole romanistiche, passarono anche nelle leggi. Anche l'antica perquisizione domiciliare scomparve, e si surrogò l'*actio ad exhibendum*. Invece durarono nel diritto consuetudinario francese, di dove qualche cosa passò nel Codice di procedura civile, art. 826-831, e da questo in parte anche nel nostro istituto processuale della chiamata in garanzia (art. 151, 193, 200).

SEZIONE QUARTA. — Diritto successorio.

CAPO XXXIII.

LA SUCCESSIONE LEGITTIMA NELLE LEGGI GERMANICHE (*).

247. Anche in questo campo, il diritto germanico porta un carattere suo proprio e nuovo di fronte al diritto romano. La sua azione originale si manifestò nel corso della nostra vita giuridica con principii e ordinamenti nuovi, che sono rimasti nei diritti moderni, dove più dove meno. Il diritto successorio germanico si distingue dal romano: e queste differenze non originano tanto da speciali concetti giuridici, quanto sono la conseguenza dei diversi stadii di sviluppo della famiglia. Nelle sue prime origini e dalle traccie che queste hanno lasciato nelle Leggi, vedesi come la formazione della successione presso i Germani sia determinata dall'ordinamento famigliare a cui strettamente si congiunge; essa pure porta l'impronta delle lotte che attraversò la famiglia germanica dai tempi di Tacito in avanti, fra la madre e il padre, fra i parenti materni (residui del matriarcato) e i paterni, fra la cognazione e la agnazione. Quando le leggi furono redatte, la vittoria era assicurata agli agnati; però l'evoluzione non era così completamente avvenuta da escludere totalmente i cognati dalla successione, e quanto più antiche sono le leggi, tanto più queste difendono i loro diritti contro le pretese degli agnati. Nella famiglia agnatizia quale descrive Tacito (c. 21), ereditano anzitutto i figli; ma la parentela materna è preferita alla paterna: così anche presso gli antichi Franchi Salii era chiamata alla successione di chi non lasciava figli la sorella della madre di preferenza della sorella del padre, e a questo proposito la legge salica non fa menzione dei fratelli della madre o del padre (Dargun, Heusler).

(*) **Bibliografia.** — Gans, *Dir. succes. nel suo sviluppo storico*, 1853; Laband, *Wesen des roem. und german. Erbrecht*, 1861; Glasson; *Droit de succes. dans les lois barbares Nouv. Rev. hist.*, IX, 1885, p. 585-638; Kayser, *Erbrecht nach langob. Edicten Z. f. R. G.*, VIII, 1869, 466-488; Miller, *Lang. Erbrecht*, id., XIII, 1878, p. 38-104; Gierke, *Erbrecht u. Vicinenrecht*, id., XII, 1876, p. 430; Grimm, 466-490; Heusler, II, § 174 e segg.; Pertile, IV, § 120-132; Ciccaglione, I, 95, 152; Abignente, *Il diritto successorio nelle provincie meridionali dal 500 al 1880*, 1881, p. 45-136; Pacifici-Mazzoni, *Studio stor. sulla succes. legitt. dalle 12 tav. al Codice ital.*, 1870, p. 151-194.

Il diritto di successione, presso i Germani antichi, era inoltre influito dalle condizioni economiche-sociali, dall'ordinamento allora prevalente nella proprietà fondiaria, che era quello di comunità di villaggio che però andava cedendo il posto alla comunità famigliare. Quindi anche in epoca più tarda, dopo lo stabilimento della monarchia franca, si presenta ancora il diritto della comunità e dei *vicini* che i parenti non giungono ancora ad eliminare totalmente. Al secolo VI i *vicini* riescivano ancora a farsi preferire ai membri della famiglia del morto, presso i Franchi, finchè Chilperico ordinò che i figli e le figlie, i fratelli e le sorelle dovessero avere la preferenza sui *vicini* tutti (Gierke): fatto che dimostra come anche dopo le invasioni, la proprietà privata non fosse ancora bene costituita, chè all'esclusivo uso di essa ripugnavano i costumi germanici e che il gruppo sociale cercava di ricuperare la terra alla morte del detentore che non avrebbe dovuto avere che un godimento vitalizio. Come la proprietà fu posseduta dalla famiglia, così si fece più intenso il processo di eliminazione dei *vicini* dalla successione; e poichè la famiglia era ordinata sul principio agnatizio, si manifestò un paralello processo di condensazione, di restringimento di essa proprietà in favore di quelli che erano strettamente dello stesso sangue e che stavano sotto un capo, dei maschi cioè che formavano un circolo strettissimo. Questi maschi erano eredi di diritto, perchè erano comproprietari col padre, perchè la terra non era assegnata a questo a suo esclusivo godimento, ma alla *gens*, *fara*, *sippe*, alla famiglia. Ogni membro della famiglia aveva un diritto di aspettativa; dal che veniva il diritto di vegliare che i beni che gli toccavano non sfumassero; dal che il diritto di intervenire alle vendite, e alle donazioni del bene sperato. Ciò che uno possedeva doveva cadere nelle mani dell'erede designato dalla natura; niun altro poteva acquistare questa eredità, nè il possessore morente poteva disporne (solus Deus heredem facere potest). I beni erano di tutti i membri maschi della famiglia, e il padre li reggeva. Dal che le conseguenze che non esisteva testamento, nè successione testata, ma solo intestata, secondo natura — che l'eredità spettava di diritto ai figli, ai legittimi eredi — che nessuno poteva *exheredare* i suoi eredi — che nessuno poteva rinunziare all'eredità senza uscire di famiglia. Siccome la comunità di famiglia da cui deriva tale successione, si congiunge all' idea o presuppone la comunione di vita, la coabitazione, così anche in origine il diritto a succedere e ad esercitare i diritti inerenti all'aspettativa, richiedeva la coabitazione. Quelli che erano per matrimonio usciti dalla famiglia, ritenevasi che avessero ricevuto la loro quota e perchè *foris familiati* null'altro potevano pretendere.

248 (*). Ciò premesso, si comprende facilmente come la vera, la sola successione, presso i Germani, fosse l'intestata. Era una conseguenza e una condizione dell' ordinamento della famiglia e della proprietà. In opposizione al diritto romano, presso cui la successione testamentaria appariva come la principale e l'intestata come la sussidiaria, il diritto germanico dichiarava inammissibile e nulla ogni disposizione che dovesse compiersi dopo la morte di colui che l' aveva ordinata. I prossimi parenti avevano, anche mentre era in vita il loro congiunto, la qualità di eredi, nè potevano essere privati dei loro diritti, diritti reali e non speranze come nel giure romano. Dalla parentela pel sangue dipendeva adunque, secondo le antiche idee germaniche, il diritto di succedere, e dipendeva dai rapporti interni che ne risultavano pei parenti, gli uni verso gli altri, ossia dalla maggiore o minore comunione del sangue. Tacito diceva: « Heredes tamen successoresque cuique liberi et nullum testamentum »; la qual massima è comune a tutti i popoli della razza indo-europea. Il diritto successorio aveva il suo punto di partenza dalla comunione dei beni esistenti fra i membri della famiglia, comunione che il padre presiedeva e rappresentava. Lui morto, l' erede legittimo entrava nel suo diritto di godimento; e così di seguito: non vi era interruzione nel possesso fra il morto e l'erede; e quindi i concetti di adizione, di eredità giacente erano incompatibili con questa successione che l' erede acquistava per un diritto proprio, ed erano difatti ignoti al diritto germanico.

Come prossimi eredi secondo il sangue erano nell' antico diritto chiamati sempre e sopratutti i figli, più tardi anche i nipoti, I figli legittimi avevano la precedenza sugli illegittimi e anche i legittimati non erano trattati su egual piede coi legittimi. I figli escludevano i nipoti, e non era ammesso il principio della rappresentanza: cosicchè non poteva un discendente ereditare al posto del suo parente premorto se esistevano altri eredi che stavano con questo in egual grado. Presso i Franchi lo zio escludeva il nipote. Poi i Borgognoni e i Visigoti (sotto Eurica: Gaudenzi), per influenza del diritto romano, ammisero la rappresentazione in

(*) **Bibliografia.** — Fischer, *Versuch über d. Gesch. d. deut. Erbfolge*, 2 vol, 1778; Majer, *Deutsche Erbfolge*, 1805; Dedekind, *De ordine succedendi legibus german.*, 1822; Siegel, *Deutsche Erbrecht*, 1853; *German. Verwandschaftsberechnung mit Beziehung auf die Erbfolge*, 1853; Leyke, *De iuribus... sexui virili concessis*, 1884; Bluhme, *Omnis parentilla* negli *Abhandl. z. Gesch., deut. R.*, 1871; Pappenheim, *Launegild*, p. 53; *Erbenfolgerecht nach alt-longob. R. Forsch. z. deut. Gesch.*, XXIII, 1883, 616-631; Brunner, *Anglonormann. Erbfolgesystem*, 1869; Rosin, *Comment. ad l. Sal. d. alodis*, 1875; Kayser, Miller, Glasson, citati al principio del capitolo; Walter, § 578-585; Schroeder, pag. 517; Pertile, § 124, 125, 126.

linea diretta, e così anche i Longobardi nel 671, e nel 938 un duello giudiziario ordinato da Ottone I risolse la questione per la Germania in favore della rappresentazione in linea diretta, cioè pei figli di un figlio e di una figlia. Al secolo XI, la giurisprudenza longobarda l'aveva accolta nel modo più lato, accostandosi ai principii del diritto giustinianeo (Miller, Pappenheim, Del Giudice).

Il figlio postumo aveva diritto alla successione se nasceva vivo e vitale. Se mancavano discendenti ereditavano gli ascendenti e poi i collaterali nel seguente ordine: prima il fratello e in seguito assieme a lui anche la sorella, e con essi anche la sorella del padre che era rimasta nubile; poi mancando tutti questi i parenti secondo il loro rispettivo grado « per gradum et parentillam » (Roth. 153) fino al settimo grado. Così era secondo il diritto longobardo il quale non conobbe successione per linee (1). Col tempo scomparve poi la differenza fra parentela per parte di maschio o di donna. L'antico diritto escludeva dalla successione gli ascendenti, a cui preferivansi i collaterali, e questa esclusione lasciò traccie anche nelle leggi, che (l. Burg.) o danno sulla madre la preferenza alla sorella del morto, e mancando questa, non ammettono la madre che a dividere l'eredità coi collaterali, oppure (l. Sal. antiq.) solo alla madre riconoscono un diritto, ricordo forse delle epoche preistoriche che fondavano la famiglia sulla donna, oppure limitano il diritto degli ascendenti al padre e alla madre, mentre poi il guidrigildo del morto dividevano metà ai parenti paterni e metà ai parenti della madre. Tutto ciò ben inteso pel caso in cui il padre non abbia più il mundio sul figlio: che se lo ha egli era il solo erede (2). Al secolo XI la giurisprudenza pavese (Ariprando e Alberto) mettevano gli ascendenti prima dei collaterali.

Le leggi germaniche generalmente quando chiamano alla suc-

(1) Così Schupfer, Pappenheim, *Launeg.*, 54. È grave disputa intorno all'ordine di successione degli antichi Germani, se cioè seguivasi il sistema delle parentele ossia l'ordine lineare-graduale, come sostengono Brunner, *Z. f. R. G.*, XVI; Gierke, id., XII, 489; Heusler, Homeyer, Rive, Bluhme, Kohler, *Zeit. f. vergl. R. W.*, VII, 201; Pertile, IV, 46; Schroeder, p. 325; oppure se regolavasi la successione secondo la vicinanza del grado come in diritto romano secondo l'opinione di Siegel, Rive, Wasserchleben, Amira, Pappenheim, Miller, Stobbe, Schupfer, ecc. Questo modo parrebbe proprio del diritto longob. per quanto può indursi da Roth. 153, « Omnis parentilla usque in septimum geniculum nometur ut parens parenti per gradum et parentillam heres succedat ». Cfr. § 169.

(2) Si disputa se solo i figli o tutta la discendenza loro è preferita agli ascendenti; Miller, Gierke, in opposizione a Pappenheim e Schroeder stanno per l'affermativa perchè la loro discendenza forma come primo gruppo di parenti il circolo ereditario viciniore. Ciò nega invece Pappenheim, p. 55, e dice che l'ordine di successione è questo: *filius, pater, frater*.

cessione i figli, non facevano distinzione fra maschi e femmine. I Visigoti, gli Ostrogoti, gli Anglosassoni e probabilmente anche i Bavari e gli Alamanni trattano le donne in modo eguale ai maschi (1). Ma altri popoli invece preferivano i maschi nella successione dei beni immobili, e alle donne assegnavano soltanto i mobili e i servi non legati al suolo: così i Sassoni, i Borgognoni, i Turingi e gli antichi Franchi Salii: il che era reminiscenza dell'originaria comunità di villaggio, in cui solo i maschi erano ammessi al godimento di una parte della terra. Invece nelle posteriori redazioni della legge Salica l'esclusione della donna trovasi limitata alla terra aviatica, al bene di famiglia, che se « fratres fuerint ad virile sexu tota terra pertineat »: sull'altra terra acquistata anche le donne avevano la loro quota (2). I Turingi e i Longobardi furono i più rigidi contro le donne. Quelli le escludevano dalla successione materna, mobiliare e immobiliare, e limitavano il loro diritto agli abiti e ornamenti della madre: e alle altre successioni non le chiamavano finchè vi erano collaterali di quinto grado. I Longobardi poi le escludevano totalmente se vi erano discendenti maschi. Tutta la sostanza doveva essere concentrata nelle mani di questi per facilitare loro l'esercizio della faida. Le donne però dovevano essere dal padre o dai fratelli convenientemente dotate o mantenute in casa o nei chiostri: ma anche alla morte del padre starsi dovevano contente al corredo e al faderfio ricevuto. Se però non vi erano discendenti maschi, la figlia ereditava un terzo della sostanza paterna: e se erano più, la metà di essa: il resto era deferito agli agnati e in loro mancanza alla *curtis regia*. In seguito pel contatto coi Romani (Del Giudice), per le mutate condizioni agrarie e per la maggiore sicurezza del possesso fondiario, questo rigore contro le donne andò modificandosi, e si finì sotto Liutprando per assegnare alle figlie anche sposate l'intera eredità se non vi erano figli; e per autorizzare il padre a donare *mortis causa* alle figlie *in capillo*, cioè non sposate, fino a 1|4 di tutta la sostanza; facoltà che servì a rendere, nel sec. VIII e IX in Italia quasi lettera morta le disposizioni dell'Editto contrarie alle donne (3). Contemporaneamente furono ammesse all'eredità in concorso colle figlie le sorelle non sposate, le quali dopo la morte del padre cadevano

(1) Ratery, *Hist. du droit de success. des femmes. Revue de legisl.* di Wolowski, XVIII, 1843; Glasson, Opet, *Die erbrechtl. Stellung der Weiber in d. Zeit d. Volksrechte*, 1888.

(2) Così Amira, Inama-Sternegg, I, 127, Glasson, Opet. Invece Rosin e Gierke, *Z. f. R.G.*, XII, 447, vogliono che le donne fossero escluse da qualsiasi successione immobiliare presso i Franchi.

(3) Brunner, *Das Regestum farfense* nei *Mittheil. d. Inst. f. oesterr. Gesch.*, II, 10.

sotto il mundio del fratello (Miller). Restava però sempre l'*impia consuetudo*, combattuta anche dalla Chiesa di privare le figlie, se dotate, di qualunque diritto alla successione paterna se vi erano figli. Erede delle donne era poi chi aveva il mundio sovra esse: ma anche qui il corso della civiltà modificò la legislazione perchè al mundualdo non si riconobbe che il diritto ad esigere l'importo del mundio.

Gli illegittimi poi avevano un diritto ereditario verso la madre e in parte anche verso il padre, contro i fratelli e le sorelle. Nel diritto longobardo ereditavano dai loro genitori anche se questi avevano legittima discendenza e in concorrenza coi legittimi ricevevano la metà della parte che toccava a questi: in concorrenza con altri parenti avevano 1|3 della eredità. Non era ammesso il diritto di rappresentazione pel figlio di un illegittimo, ma poteva ricevere per *thinx* (1). Negli altri diritti nessun assegno trovasi fatto agli illegittimi, ma invece era stabilito che stessero contenti a quanto elargissero il padre o i fratelli.

Mancando parenti ereditava il fisco. Così si formò l'adagio: « quod non tollit Christus, tollit fiscus ». Il fisco ereditava anche dagli illegittimi e dai manumessi posti sotto il mundio del re (2), quando mancavano i figli. In questo stesso caso i beni dei *tabularii* ossia degli affrancati posti sotto il patronato della Chiesa, toccavano a questa.

Accanto a quest'ordine di successione intestata proprio dei Germani, le popolazioni romane serbarono il loro diritto successorio; e le leggi romano-germaniche consacrarono il sistema della successione secondo il diritto teodosiano, che non era più il sistema ispirato a idee politiche e nemmeno era quello giustinianeo basato sui vincoli di affetto derivanti dalla famiglia naturale. Il sistema che riprodusse l'Ed. di Teodorico è quello che cominciava a dare soddisfazione ai vincoli del sangue e non osava intanto distruggere completamente l'antico regime successorio destinato a conservare la famiglia politica.

---

(1) Pappenheim, *Forsch.*, XXIII, 625 segg.; Leyke, p. 18; Miller, o. c., 39; Kayser, 467.

(2) Zeumer, *Beerbung d. Fiskus*, ecc., *Forsch.*, XXII.

CAPO XXXIV.

LE DISPOSIZIONI MORTIS CAUSA (*).

249. Le leggi longobarde come le franche confermano in tutto le parole di Tacito « nullum testamentum » non solo nel senso che disposizioni di ultima volontà secondo la forma dei testamenti romani non erano ammesse, ma ancora nel più lato che disposizioni *mortis causa* revocabili e unilaterali erano riconosciute prive di valore giuridico. Chi aveva nella casa o nella *sippe* persone che per diritto erano chiamate alla successione, non poteva darsi un diverso erede. Dio dava gli eredi; gli eredi erano nati: « hæredes gignuntur non scribuntur »: principio che era un risultato e un residuo dell'antica comunione di villaggio e di famiglia nel possesso della terra. La morte chiudeva la sfera di attività dell'individuo. Il diritto oggettivo, non la volontà, decide a chi passerà il patrimonio dopo che è morto il possessore: come egli non può alienarlo, e non è che usufruttuario, con un diritto vitalizio, come la famiglia ha un diritto ereditario certo, un diritto di aspettativa, così non può il possessore alienare i suoi beni a chi vuole. Sarebbe stata grave offesa alla parentela sottrarle l'eredità. Solo chi non aveva famiglia e parentela secondo il diritto franco — e invece secondo il diritto longobardo solo chi non aveva figli e ascendenti, fino all'ultima generazione, poteva scegliersi un erede, il che faceva con un negozio che presso i Franchi dicevasi *affatomia*, presso i Longobardi, *thinx*, *gairethinx*, *thingatio*, presso i Ripuari *adoptio in hereditatem*. Queste furono le forme primitive colle quali fu accolta originariamente la facoltà, sempre però limitata, di disporre *mortis causa*. Erano donazioni *causa mortis*, irrevocabili bilaterali che attribuivano un diritto reale al donatario, su tutta la eredità o su una quota parte, ciò per diritto longobardo a differenza della *donatio rei specialis*.

L'affatomia (1) (= prender fra le braccia) teneva il posto del-

(*) **Bibliografia**. — Beseler, *Die Lehre von d. Erbverträgen*, 2 v., 1835; Hartmann, *Zur Lehre v. Erbvert.*, 1860; Eschbach, *Instit. contract. Revue de législ.*, XI; Anouilh, *Inst. contr. dans l'ancien droit fr. et dans le Code Nap. Rev. hist.*, 1860; Hübner, *Die donationes post obitum und die Schenkungen mit Vorbehalt des Niessbrauches im alt. deut. R.*, 1888; Schupfer, *Le donaz. nella storia del d. ital.*, cit. a § 270; Siegel, *Erbenrecht*, p. 133; Boissonade, *Histoire de la réserve hérédit.*; Lessona, cit. a § 255; Stobbe, V, § 298-300; Zoepfl, III, § 233; Heusler, II, § 194-202, *Gewere*, 470-483; Pertile, § 121, 123, 128.

(1) Beseler, I, § 7; Heusler, II, § 621; Waitz, *Alte Recht d. Sal.*

l'adozione (§ 195), ma non era piena nè eguale alla romana perchè non attribuiva tutti i diritti di famiglia ma si limitava agli effetti ereditarii (Pappenheim, Val de Lievre). Il testatore davanti al Tribunale, che teneva il posto del popolo, cedeva sotto forma simbolica tutta o parte della sua sostanza a un intermediario (*electus, manus fidelis, salmann*) il quale entro 12 mesi dalla morte del disponente, metteva in possesso, dava cioè l'investitura davanti al re, della eredità a colui che gli era stato indicato che dovesse essere l'erede. Nella *thinx* o *gairethinx* (1), nomi che esprimono la natura e la forma dell'atto giuridico stesso, il testatore davanti all'assemblea (*thinx*) con parole solenni, cedeva la sua sostanza a un intermediario (*gisel*) il quale la trasmetteva all'erede nominato: e da questo momento questi acquistava un diritto all'eredità che non poteva andar distrutto se non nel caso che al disponente nascessero figli. Il donatario poi dava al donante una controdonazione (*launegild*) perchè il diritto germanico non conosceva che contratti onerosi (*do ut des*); e così per la stabilità del *thinx* come per la validità della donazione qualche cosa per quanto sproporzionata a ciò che si era ricevuto, una camicia, un mantello, un guanto, doveva essere offerto al donante. Avvenuta la *thingatio,* al donatario poteva passare la proprietà della sostanza se la donazione era tra vivi: e allora egli doveva mantenere il donante: e questa era la forma più antica: ma se era fatta *causa mortis* (con *lidinlaib*) allora la *thinx* assicurava solo un diritto ereditario, originava una specie di comproprietà fra donatario e donante, ma questi doveva usare ragionevolmente dei beni e non disporre con dolo (2).

L'intervento del popolo e del re dimostra come queste donazioni da principio non potessero aver luogo che in mancanza di parenti e come per la loro validità si richiedesse l'assenso del popolo o per esso del re che rinunziava ai diritti spettantigli sui beni vacanti. Ripugnava agli antichi ma persistenti ricordi di una communità di villaggio che estranei venissero nel gruppo sociale e usurpassero i diritti dei vicini: era d'uopo che questi preliminarmente assentissero alla nomina di un erede. E tale era l'atto

---

Frank., 147; Grimm, 121; Amira, *Erbfolge*, 58 segg.; Thévenin, *Contrib. à l'hist. de droit german.*, 1880, p. 50; Schroeder, p. 61.

(1) Schupfer, *La donazione*; *Arch. giurid.*, XXXI, 509; *Nuovi st. sulla l. Udin.*, 1882, p. 51; Pappenheim, *Launegild u. Gairethinx*, 1882, p. 45-76; Val de Lievre, *Wadia u. Launegild*, 1877; *Z. f. R.G.*, XVII, 26; Tamassia, *Alienaz.*, 216; Schroeder, *Z. f. R.G.*, XX, 57.

(2) Così Schupfer che distingue due specie di donazione: e così si concilia l'opinione di Pappenheim e di Val de Lievre che sostengono la *thinx* assicuri solo un diritto ereditario, con quella di Beseler e di Eichhorn (combattuta da Albrecht e da Duncker) pei quali invece la *thinx* trasferiva la proprietà al donatario.

della *thinx* che poi divenne una semplice disposizione *causa mortis*, quanto più si affievolì il concetto che il popolo aveva il diritto di indicare esso l'erede.

Il contatto colle popolazioni romane che avevano mantenuto il testamento segreto e revocabile, la necessità di correggere la successione intestata in quella parte che escludeva le donne, di provvedere alla mancanza del diritto di rappresentazione, di trattar meglio i figli *bene servientes*, e gli illegittimi, di provvedere all'anima, fecero sì che di buon'ora per eccezione anche chi aveva figli potesse *tingare* pubblicamente una parte delle sue sostanze come voleva. La Chiesa fortemente si adoperò perchè fossero lecite le *donationes post obitum* (Loening), dove il testamento per la sua segretezza appariva pericoloso alle famiglie. E i Germani presso i quali si andava affermando il sentimento della proprietà individuale, conciliarono tutto dando libero passaggio a queste *donationes post obitum*, ritenendo che ognuno in vita si guarderebbe dall'offendere pubblicamente la famiglia.

Le *donationes p. ob.* discendevano dall'antica *affattomia*, ma ne differivano, perchè non tendevaao più a creare l'erede, ma erano semplicemente disposizioni *mortis causa*, nelle quali era senza significato l'esistenza o no dell'erede (Heusler). Erano donazioni condizionate, i cui effetti erano sospesi fino alla morte del donante, che restava proprietario senza però il diritto di disporne e alienare: mentre il donatario non aveva che un diritto di aspettativa. Alla loro diffusione corrisponde l'abbandono delle forme di pubblicità, malamente difese dagli eredi dispersi per la penisola (Val de Lievre), ed osteggiate dalla Chiesa che preferiva le forme semplici e speditive (Miller, Val de Lievre). Si compivano per mezzo della *traditio cartae*, come facevansi le alienazioni di proprietà; e se il donante non poteva recarsi alla Chiesa per deporre la carta sull'altare o se il donatario era lontano, allora la *traditio* poteva essere fatta a un terzo (erogator) che dopo la morte del donante avrebbe disposto secondo la carta e data l'investitura al donatario (Hübner, contro Heusler). Da queste *don. p. ob.* si distinguevano le altre donazioni con riserva dell'usufrutto per la natura giuridica, essendo incondizionate e di pieno effetto al momento della donazione, divenendo tosto il donatario proprietario, e per la forma seguendo alla *traditio cartae* l'investitura e il donante dovendogli spesso pagare un censo (Hübner).

Queste essendo palesi, dovevano anche essere irrevocabili (1), e lo erano per lo più; ma l'esempio dei Romani e del loro testamento segreto, lo allentarsi dei vincoli di famiglia e il desiderio di sentirsi più liberi spingevano a trasformare queste *hereditates*

(1) Heusler, *Gewere* nega la differenza fra le due donazioni, e le irrevocabilità di quelle *post obitum*. Contro Hübner.

viventium in atti revocabili; in Italia specialmente presso i Longobardi la tendenza a imitare i Romani fu tale dal momento che la proprietà erasi assisa su basi analoghe alle romane, che dovè intervenire Carlo Magno a ricordare che queste donazioni erano irretrattabili, sempre bilaterali e che revocavansi per premorienza del donatario, nascita di un figlio al donante, vero bisogno di usare e vendere il bene. Ma questi ordini non arrestarono l'evoluzione delle successioni contrattuali, pubbliche e irrevocabili verso il testamento romano, segreto e revocabile. Il fatto che nelle *don. p. ob.* il donante non cedeva la sua sostanza al donatario ma ad un terzo e ne conservava la proprietà e che il terzo alla morte del donante ne disponeva secondo le istruzioni avute che potevano essere tassative o late, fece sì che, anche presso i Franchi, si accentuasse la tendenza a renderle revocabili, salvando la libertà e avvicinando sempre più queste donazioni al testamento. E questo finì per entrare nelle abitudini quotidiane, senza che perciò si rinunziasse alle istituzioni contrattuali irrevocabili.

250. Fu la Chiesa che lavorò per l'introduzione del testamento. Essa ne aveva il maggior interesse. I primi testamenti non furono che disposizioni in favore dell'anima. La Chiesa potè così favorire queste donazioni anche contro il sentimento delle famiglie che le respingevano, essendo contrarie al loro interesse e che volevano la pubblicità per potervisi opporre. La Chiesa diceva essere lecito a chiunque provvedere per la sua anima senza l'intervento della famiglia, e si valse delle armi spirituali per diffondere e difendere i testamenti scomunicando i violatori. Essi ancora apparivano così contrarii a residui di costumi germanici che i donatori dovevano invocare le minaccie del cielo e stabilire gravi multe in favore del fisco, se qualche parente vi si fosse ribellato (Loening, Boissonade). Perciò i primi testamenti riguardavano solo i mobili e il denaro e non le terre che ritenevansi di pertinenza della famiglia. Questo testamento poteva farsi o coi riti romani, cioè col notaio o davanti a testi che firmavano col disponente, oppure colle forme germaniche; cioè il testatore scriveva il testamento e poi colla *traditio cartae*, o *per festucam* faceva una fittizia cessione alla Chiesa. Così il testamento era segreto e sempre revocabile. Ma volevasi che il testatore personalmente lo presentasse e facesse davanti ai tribunali personalmente la *traditio cartae*. Volevasi cioè che il testatore fosse sano di corpo e non ammalato o in letto. Fu solo Liutprando che nelle donazioni *pro anima* dispensò il malato di farle *per gairethinx*, ma invece *per cartulam;* ma tali donazioni divenivano inefficaci se il donante guarito era in grado di rinnovarle colle forme solenni. Però la Chiesa combattè anche questo elemento della sanità di corpo richiesto dalle leggi germa-

niche per ogni atto giuridico (§ 141); e di questo principio solo restò in seguito l'uso da parte dei notai di segnare nel testamento che il testatore era sano di mente e aveva la favella e la memoria buone. Così si avevano i testamenti sul letto di morte: e in Italia dove non erano mai morti presso le popolazioni romane, più presto che altrove, la successione testata si diffuse presso i Longobardi che la chiamavano collo stesso nome di *thingatio* sebbene dicessero non più necessarie le forme di essa (Schupfer). Liutprando, evitandone il nome però, garantì i testamenti contro le opposizioni dei parenti. D'allora essi non servirono solo *pro remedio animae*, ma anche per favorire estranei: ed erano preferiti perchè a differenza delle *don. p. ob.* erano revocabili.

Questi testamenti non erano altro che aggregati di singoli legati (Beseler); e potevansi come le altre *don. p. ob.* limitare a una parte dell'eredità. Così accanto alla successione testata poteva sussistere, l'intestata e non aveva vigore il principio romano « nemo decedere potest pro parte testatus et pro parte intestatus ». Le disposizioni erano applicate entro i limiti stabiliti dal testatore: il resto toccava agli eredi legittimi. Il diritto di accrescimento aveva vigore solo in una misura molto limitata.

251 (La legittima). E intanto, fatto singolare, i Germani volevano praticare il testamento senza le restrinzioni romane, che infine erano conformi al principio della comproprietà famigliare e assicuravano la conservazione di una parte almeno della sostanza alle famiglie. La Chiesa propugnava le maggiori libertà per ottenere maggiori largizioni, e a queste da un regime di assoluta indisponibilità voleva far passare i Germani. Ma contro le possibili spogliazioni intervennero i re, e per primo Liutprando che copiò dal diritto romano la legittima o falcidia che prima non esisteva e che sarebbe stata nell'antico diritto quando ognuno era erede per diritto proprio, un non senso; la mancanza del testamento faceva della successione intera una vera riserva. Naturalmente le leggi romane-germaniche l'avevano mantenuta, e certe leggi germaniche fecero qualche cosa contro l'assoluta libertà e in favore di una legittima pei discendenti. Diseredare i figli era incompatibile coll'antico diritto, colla *thingatio*, negli atti tra vivi: non doveva essere possibile col testamento. Però dette leggi, a differenza delle romane, invece di determinare una quota che il testatore fosse obbligato a lasciare ai suoi figli, occupavansi al contrario di decidere di qual parte del patrimonio il padre potesse disporre a profitto dei terzi, a pregiudizio dei figli. Per diritto longobardo un figlio poteva ottenere a titolo di liberalità una seconda quota, e così la figlia se non vi erano fratelli; le nubili potevano ricevere un quarto dei beni. Il disponibile per gli estranei era solo

fissato pel caso che il defunto non lasciasse che figlie; era 2|3 se vi era una figlia sola, 1|2 se più. I lasciti ai luoghi pii dovevano essere rispettati senza alcuna restrinzione; e pare che la riserva non esistesse verso la Chiesa, la quale, per le largizioni ad essa fatte, era riuscita anche in altri diritti a togliere o restringere la legittima dei figli.

CAPO XXXV.

LA SUCCESSIONE LEGITTIMA E TESTAMENTARIA NELLE LEGGI ITALIANE (*).

252. In tutto il periodo comunale e fino al codice francese il diritto successorio fu dominato dalle idee germaniche dell'agnazione, piuttostochè dal diritto giustinianeo (salvo per la Sicilia). Tutto il sistema successorio dal 1000 fin quasi ai giorni nostri ha qual perno il principio di favorire l'agnazione, di conservare cioè i beni nella famiglia. Certo non è più il diritto longobardo puro quello che è riprodotto negli Statuti, perchè esso già era stato modificato dall'azione del diritto romano e del progresso, il che aveva avuto per seguito il riconoscimento di una parte di diritti alle figlie; è però sempre un diritto germanico nel fondo ma alterato, dove più dove meno in seguito a transazioni col romano il quale se importò alcuni dei suoi istituti successorii, dovè per coordinarli coi germanici, rinunziare a buona parte dei suoi caratteri originali. Fu insomma il diritto longobardo modificato che nella successione legittima prevalse sul romano, perchè in Italia, germanico era in gran parte l'ordinamento della famiglia, perchè esso armonizzava perfettamente colle istituzioni feudali e nobiliarie basate sul principio dell'agnazione allora dominanti, perchè il diritto giustinianeo e specie la Nov. 118 presuppongono una civiltà avvanzata che abbia ammessa l'eguaglianza dei due sessi con tutte le conseguenze. Quindi le stesse popolazioni romane, subendo la influenza dell'ambiente, accomodarono le loro istituzioni successorie alle idee germaniche, e così avvenne che le leggi medievali dal Piemonte al Napoletano salvo piccole differenze, conseguenza delle diverse tradizioni e costumi, riprodussero in materia di successione legittima disposizioni quasi uniformi, non presentando cioè quella solita varietà che trovasi nelle altre materie, secondo che predominava nel luogo il diritto longobardo-franco o il romano.

(*) **Bibliografia.** — Pacifici-Mazzoni, 211-335; Abignente, 143, 157-192; Turchiarolo, *Diritto di succes. nella st. ital.*, tratto dal Gans, 1853; Lamantia, I e II; Ciccaglione, I, 433; Pertile, § 125-128.

Il favore verso l'agnazione, sostenuto anche dai giuristi, si traduceva nell'esclusione delle donne, raramente però assoluta, giacchè per lo più mancando le persone per comodo delle quali erano escluse, cessava la loro esclusione. Questa era dove pura e perpetua a favore dei maschi agnati (*exclusio propter masculos*), dove invece subordinata alla costituzione della dote (*excl. propter dotem*). Sebbene l'una e l'altra derivassero dal favore verso l'agnazione, tuttavia la causa di quest'ultima era la dote ricevuta dalle figlie all'epoca del matrimonio, considerandosi quella come soddisfazione al diritto di famiglia ed equipollente alla legittima. Donde seguiva in senso inverso che le donne non dotate conservassero il diritto alla legittima sulla successione testata del padre e concorressero coi maschi alla testata: e che per le donne escluse *propter masculos*, la dote fosse un debito dell'eredità, se si maritavano, e il mantenimento se restavano nubili. In alcuni luoghi questa dote dovevasi computare sulla legittima, in altri potevasi assegnare senza riguardo alla sostanza paterna; altrove doveva essere congrua, condegna al paraggio, alla situazione (Federico II) e da assegnarsi anche se si monacavano (*paragium ingressarum*). Il paraggio era espediente che serviva a mantenere l'unità dei patrimoni senza spogliare completamente le donne e i cadetti. Dove la dote era computata quale legittima, lasciavasi così ai parenti l'arbitrio di dotarle: dal che avveniva che i fratelli non le sposassero per non dotarle. Alcune leggi (Camerino, Terni) preferivano alle donne se mancavano figli, i collaterali agnati (non così a Lucca) specie poi se erano maritate e dotate: alcune il monastero se il maschio si fosse fatto monaco: e per esse fu creato un altro titolo di esclusione che valeva anche per le successioni testate, quello *propter nuptias extra territorium*, ispirato dalla diffidenza verso i Comuni vicini e per impedire che le rendite di un Comune si spendessero fuori di esso. Dove l'esclusione era limitata agli immobili, dove a tutta la sostanza, dove alla successione del padre e dei collaterali agnati, dove anche a quella della madre (Roma, Bologna, Padova): invece a Venezia non ereditavano dai parenti maschi, mentre se nubili o maritate, per la successione delle parenti femmine erano in tutto pareggiate ai maschi. Si potevano poi far rinunziare all'eredità e queste rinunzie erano valide (§ 255).

A Tortona invece i figli si ammettevano alla successione paterna senza distinzione di sesso, a Genova solo alla materna. Nel Napoletano la donna però poteva divenire eguale all'uomo nei diritti successorii (*masculiatio, foemina masculiata*) e ciò avveniva quando i maschi non volevano maritar la sorella, quando il padre istituiva la figlia nubile erede assieme coi maschi, quando i

fratelli accoglievano le sorelle a succedere insieme in eguali porzioni (Abignente).

In mancanza di discendenti succedevano gli ascendenti, escluse però le donne e quelli della linea materna, salvo alla madre e all'ava un parziale usufrutto (1|10, 1|20). Cogli ascendenti concorrevano i collaterali fino al 4°, al 6° o al 7° grado e anche al 10°: ma distinguevansi i fratelli dagli altri collaterali e posponendo sempre le donne per favorire l'agnazione, se vi erano fratelli e perfino se vi erano zii e altri collaterali fino al 4° grado (eccetto a Venezia). In queste successioni era diffuso (a Napoli, Sardegna, Corsica, Lucca, Ravenna, Catania) il cosidetto *jus recadentiae* o *revolutionis* ossia la divisione della sostanza dell'ereditando in due masse secondo la origine sua assegnando *paterna paternis*, *materna maternis*, cioè ai parenti dal lato della madre (gli acquisiti fatti dal defunto andavano agli agnati), principio che passò nel Codice francese (art. 733), ma fu soppresso nei Codici italiani.

Animate dall'intendimento di conservare i beni nelle famiglie, preferivansi i gradi, le linee o colonnelli; sistema che non tardò però ad essere scalzato dal romano. E secondo il diritto romano ammettevasi la rappresentanza.

Per gli illegittimi la loro quota intestata aumentava secondo che più lontano era il grado di parentela col defunto dei parenti coi quali venivano in concorso: se questi erano dopo il terzo grado, gli illegittimi raccoglievano tutta la successione. Alcuni statuti permettevano lasciti agli adulterini. Invece in Sicilia gli spurii non ereditavano nemmeno dalla madre in omaggio a una massima di diritto francese che gli illegittimi non hanno madre (Brünneck). Le eredità degli illegittimi che anticamente andavano al fisco poi ai signori feudali, toccarono nel periodo comunale ai figli, che pur tuttavia dovevano dare al fisco una piccola quota. Il fisco poi avrebbe dovuto ereditare anche i beni degli usurai e degli eretici, che secondo il diritto canonico non avevano la testamentifazione attiva (1), dei suicidi (2): ma invece ad esso non toccavano che i *bona vacantia* (scadentiae, mortizzi), che in qualche luogo anzi devolvevansi ai vescovi, ai poveri o a luoghi pii.

In Sicilia dominò invece l'eguaglianza dei sessi (secondo la Nov. 118): salvo alcune modificazioni in qualche parte dovute all'influenza germanica del condominio famigliare, relative al privilegio del sesso e dell'età, e al *jus recadentiae* (Lamantia).

---

(1) Ficker, *Die gezetzl. Einführung der Todestrafe für Ketzerei Mitth. Inst. f. oest. Gesch.*, I, 2, 192, 195, 217.

(2) La dottrina italiana sulla confisca dei beni di un suicida, v. presso Brunnenmeister, *Quellen der Bambergensis*, p. 93 e segg.

La condanna del principio agnatizio fu proclamata dalla rivoluzione francese. Il Codice napoleonico sebbene non desse un sistema successorio conforme al vero sentimento che deve essere a base della famiglia, non riproducesse il giustinianeo e sacrificasse qualche cosa al principio della comproprietà famigliare, tuttavia cercò il maggior riparto delle ricchezze e affermò il principio dell'eguaglianza. Esso gettò tali semi che non poterono essere distrutti dalla reazione che ristaurò in Italia le antiche leggi in favore dell'agnazione. Pio VII, Leone XII, Gregorio XVI vollero che si preferissero gli agnati maschi alle figlie. Le leggi toscane del 1814 riprodussero ancora il così detto *voto agnatizio*, e le posteriori, come le modenesi, davano ai figli il doppio delle figlie. Solo i Codici parmense, albertino, Due Sicilie si guardarono dal richiamare in vigore siffatte ingiustizie: ma conservarono degli espedienti (come il subingresso a favore dei maschi, art. 942, 945, Codice albertino) che escludevano le sorelle. Il Codice vigente ha invece preso a base il puro principio della parentela naturale, ha con grande conseguenza applicata l'eguaglianza dei sessi, ha fatte opportune innovazioni ai codici precedenti intorno alla successione dei collaterali e a quella dei coniugi.

253. La successione testamentaria divenuta già comune nel periodo longobardo franco fu in gran parte disciplinata, nei Comuni italiani, dalle norme romane. La libertà di disporre per atto di ultima volontà, revocabile fino alla morte, unilaterale e segreto era quasi completa nel sec. XIII: quasi e non interamente, perchè, indipendentemente dalla legittima, non mancano statuti, anche in Sicilia (Brünneck) e nel Napoletano (Abignente) che vietano disporre dei *bona stabilia patrimonialia* riservati alla famiglia e limitano la libera disposizione ai mobili e al denaro: e se mancavano discendenti alla metà degli immobili; l'altra metà dovendo toccare *ope consuetudinis* ai congiunti agnati e cognati, serbata la distinzione delle linee, come nelle successioni intestate. Invece sui beni acquistati, in mancanza di figli, poteva il testatore liberamente disporre. E in qualche luogo conservossi la massima che il testamento non dovesse servire che per disposizioni *pro remedio animae* e per nominare un tutore, il che ricordava il modo con cui il testamento si era introdotto nelle società germaniche.

Non potevan far testamento gli infermi di mente, i minorenni, gli usurai manifesti, i morti civilmente — ai condannati a morte generalmente permettevasi, mentre leggi moderne il vietano pei condannati a vita — i monaci, gli eretici, gli illegittimi, salvo privilegio, perchè la loro eredità spettava al fisco. Le donne potevan disporre solo sulla loro dote e per alcuni statuti richiedevasi il consenso del padre o dei fratelli (Mantova, Sassari, Cremona). I

figli di famiglia (Napoli) potevano solo disporre pei beni loro pervenuti dalla madre premorta. Non erano ammessi alla successione gli indegni, i monaci, i nati *ex damnato coitu* (solo agli alimenti avevano diritto), e per leggi normanne chi avesse distrutto il testamento paterno (cfr. Codice civile italiano, 725).

I testamenti ai tempi dei Comuni erano pubblici, segreti ed olografi. I primi facevansi davanti a notaio, a giudici con 4 o 7 testimoni. Alessandro III (1170) sancì la validità dei testamenti ricevuti dai parroci coll'assistenza di 2 o 3 testi purchè contenessero un legato pio: se gli eredi spogliati li avessero contestati, potevano essere condannati dal tribunale ecclesiastico per violazione di legato pio. Il segreto e l'olografo dovevano essere scritti dal testatore e firmati spesso dal notaio. Si aveva anche a Milano e Venezia il testamento nuncupativo fatto davanti testimoni che lo traducevano in uno scritto detto *breviario*. Era uso, una volta aperti, di depositarli in uffici pubblici di registro. È probabile che anche in Italia come in alcune città di Francia (1) si fosse pel medio evo conservato l'uso dell'insinuazione nei pubblici registri (*gesta municipalia*): certo è che questa formalità risorse col diritto romano e passò nei codici moderni scindendosi in due atti separati trascrizione e registrazione (non necessaria pei testamenti).

In genere nella successione testata si fece più forte sentire l'influenza romana: e ad essa devesi il ripristinamento dei legati, fedecommessi, sostituzioni, l'abolizione dell'assenso da prestarsi dall'ascendente o discendente, ecc. Alcuni statuti (Ferrara) riprodussero perfino il concetto della istituzione d'erede: ma i più seguirono in ciò il diritto germanico, non richiesero come parte essenziale questa istituzione, cosicchè non distinsero pel contenuto testamenti e codicilli. Di sostituzioni, causa le idee nobiliari, se ne potevano stabilire fino a quattro: e parve gran riforma quella di Maria Teresa che non ne permise che una. Frequenti, anzi obbligatori erano i legati *ad pias causas*, le disposizioni per l'anima (2). In certi luoghi gli eredi testati o intestati dovevano dare alla Chiesa il mortuario, come 1|10 dei mobili: e di questo la quarta parte toccava al vescovo: altrove (Assisie di Ruggiero) nel caso di eredità vacanti o intestate dovevasi erogare in favore di chiese 1|3 di tutta la sostanza, disposizione di origine bisantina. Nel sec. XVI i vescovi del Napoletano potevano reclamare la loro quota anche contro gli eredi. Anche nel nostro secolo le leggi civili per la Sar-

(1) Martel, *Étude sur l'enregistrement des actes de droit privé dans les Gesta municip.*, 1877, p. 73-130; Renaud, *Recherches hist. sur la formalité de l'enreg. en France au m. a. Revue de législ. ancien. et mod.*, 1872, 233, 389. Cfr. § 270.

(2) Filomusi Guelfi, *Riv. it. di scienze giuridiche*, I, 1886, p. 47.

degna imponevano ai notai di esortare i testatori a fare qualche lascito all'ospedale della diocesi, alli monti nummari e a fare menzione della domanda e risposta sotto pena di multa.

Verso il diritto romano poi, stavano come innovazioni le successioni contrattuali, i *testamenta simultanea, reciproca, correspectiva*, gli esecutori testamentarii.

Se il testatore poteva istituire eredi, far legati, ecc., doveva però rispettare la legittima pei figli, che variava da luogo a luogo, da una minima somma, alla metà dei beni (Pisa). La legittima che praticarono le passate leggi italiane, come quella che è nei Codici moderni, non è la romana (1). Il sentimento di onore di essere erede, che vi annettevano i Romani, fu messo da parte, per considerare soltanto che la legittima è dovuta come un debito dello erede testamentario. L'erede necessario non era, come non è ora, un coerede, ma un creditore. Gli statuti ammettevano la diseredazione per cause stabilite: attentato, maltrattamento, calunnie, adulterio, assassinio. Anche alcuni Codici passati (austriaco e Due Sicilie) la mantennero per l'apostasia, la condanna a vita, le sevizie, la prostituzione, ecc. Ma più giustamente fecero i Codici moderni abolendola, e ponendo invece dei casi di indegnità, nei quali gli eredi sono esclusi dalla legge stessa *ipso iure*. È stato un ritorno al diritto germanico che non conosceva diseredazione, ma escludeva di pieno diritto l'erede che si era reso colpevole di un delitto verso il defunto. Così cadde anche l'imbrogliata e difficile teoria romana della diseredazione, degli eredi necessarii e quella del possesso dei beni contro il testamento.

254 (Esecutori testamentari (*)). La mancanza di un erede istituito, che rappresentasse il defunto nell'adempiere le sue disposizioni, rese necessaria la nomina di esecutori testamentari. Erano ignoti al diritto romano, e sono di origine germanica, propriamente longobarda, e la loro introduzione è connessa con quella dei testamenti. Si svilupparono sì parallelamente ai *Salmanni* franchi (§ 249), ma da questi gli esecutori longobardi si distinguono, in quanto non acquistavano dal disponente la proprietà, ma solo ricevevano l'incarico di eseguire, erogare un bene in un modo che spesso non era precisato, ma lasciato al loro arbitrio. Sotto i Carolingi anche i Salmanni ebbero questo carattere. Si dicevano

(*) **Bibliografia.** — Beseler, I, 284, segg.; Stobbe, *Die Salmannen*, *Z. f. R.G.*, VII, 1868, 405-438; Lammer, *Recht der treuen Hand*, 1875, pag. 18; Le Fort, *Exécut. testam.*, 1878; Miller, *Z. f. R.G.*, XIII, 102; Pertile, IV, pag. 31 segg.; Ciccaglione, I, 449.

(1) Bruns, *Z. f. vergl. R. W.*, II, 161-232, p. 218.

dispensatores, *erogatores*, *elemosynarii*, *commissarii*. Fin sotto i Longobardi trovasi l'uso di dichiarare esecutore chi presenterà il testamento, il portatore di esso, adoperando così la clausola dei titoli al portatore (1). I vescovi al tempo dei Comuni pretesero avere su essi un diritto di sorveglianza. L'uso di rimettere all'arbitrio dell'esecutore la nomina dell'erede, fu per la prima volta abolito dalle Costituzioni moden. del 1771.

255 (Successioni contrattuali (*)). Le istituzioni contrattuali, i patti ereditarii che erano stati nell'antico diritto germanico il primo modo con cui potevasi disporre dei beni e la via per cui si era introdotto il testamento, non scomparvero, ma restarono quasi fino a noi, come forme speciali accanto al testamento. Assunsero varii nomi: testamenti reciproci, simultanei « pacta successoria, renunciativa », ecc. Erano tutte forme ignote e incompatibili col diritto romano che vietava i patti di futura successione. Nel diritto medievale e specie nelle famiglie nobili furono invece comuni: si usavano fra marito e moglie che si istituivano eredi a vicenda, come pure fra altre persone contraenti, che estendevano un dato modo di successione reciproca, anche all'eredità dei loro discendenti, stabilivano patti e ordini di successione, parentele fittizie fra diverse famiglie, nel caso che l'una di esse venisse ad estinguersi. Spesso nei contratti matrimoniali, gli ascendenti degli sposi od estranei facevano donazioni irrevocabili di tutto o parte dei beni di eredità futura a profitto di ambo i coniugi o di uno o dei figli a venire, stabilendo pel donatore la libera disposizione durante la sua vita, ad eccezione della facoltà di conferire vantaggi gratuiti. Così il contratto di matrimonio creava un erede. Questa istituzione combinava due elementi contraddittorii, il testamento, atto unilaterale di volontà mobile — e la donazione fra vivi, atto convenzionale di volontà irrevocabile. Si usava ancora, specie nelle famiglie nobili, la formazione di patti successorii fra due persone, due famiglie, che si istituivano vicendevolmente eredi (affratellamenti, unioni di prole), se i contraenti o i loro discendenti non avessero avuto prole maschile, patti che restavano quindi senza valore in caso della nascita di figli, ed anche se in caso di bisogno era necessario vendere. Spesso in questi casi, anche vita durante, i due contraenti mantenevano promiscuità di rapporti e comunione di diritti, come se fossero figli dello stesso padre.

(*) **Bibliografia.** — Vedi le opere di Beseler, Hartmann, Anouilh, Eschbach, cit. a § 249; Lessona, *La revocabilità del testam. nella sua evoluzione storica*, 1886; Pertile, § 121.

(1) Salvioli, *I titoli al portatore nella storia del dir. ital.*, pag. 72.

Così anche laddove le donne potevano essere chiamate alla successione, per non compromettere gli interessi famigliari, usavasi ricorrere all'espediente di farle giurare, al momento in cui si sposavano, che rinunziavano a tutti i diritti ereditarii (cautela di Maranta). — Il diritto romano respingeva siffatti contratti; ma i giuristi cercarono di piegarli ai principii romani, dicendo che essi avevano la loro base nella volontà presunta dei defunti e nell'uso generale dei testamenti (Beseler). Chi poi tali patti guardava come *donationes mortis causa*, perchè la premorienza del gratificato li revocava, e perchè i loro effetti erano sospesi fino alla morte dell'istitutore; chi invece li considerava quali donazioni fra vivi per la loro irrevocabilità, che infine li sottometteva alle regole delle convenzioni o dei testamenti secondo i casi e li trattava come contratti *sui generis*. La origine di essi fu dalle scuole ricercata nelle leggi romane (nella Nov. 19, di Leone il Filosofo, o nella l. 19, C. *de pactis*), e nei patti successorii fra militari. Ma tutte queste sottigliezze e inesatti riscontri, che d'altra parte erano imposti dalle abitudini del pensiero giuridico, che voleva vedere ovunque diritto romano e tutto ad esso accomodare, urtavano contro l'elemento della irrevocabilità che era essenziale in queste successioni contrattuali. I glossatori e alcuni statuti, seguendo i concetti romani, le dissero revocabili, ed allora esse non avrebbero più raggiunto il loro scopo. In seguito la giurisprudenza per renderli irretrattabili, inventò delle clausole derogatorie alla revocabilità, quali sarebbero state quelle, con cui il testatore promettesse di non far più testamento, o dichiarasse invalidi i futuri. E ricorse per aiuto al diritto canonico, secondo cui i patti rafforzati dal giuramento erano irrevocabili, tanto da ritenersi spergiuro quel testatore che avesse rifatto il testamento (Lessona). Così si poteva arrivare a rendere irrevocabili le successioni contrattuali: ma la maggioranza dei giuristi non fu favorevole a questa deviazione dalle idee romane, che stabilivano la piena libertà e revocabilità del testamento, e dissero le suddette clausole *contra bonos mores* e il giuramento non poter vincolare in siffatta materia. Ma intanto questi patti favorivano gli interessi delle famiglie aristocratiche, e per tutto il secolo XVIII furono ammessi (Piemonte, Modena), anche se fatti da minorenni. Il Cod. francese e il vigente italiano abolirono tutte le rinunzie a eredità future, rinunzie estintive o traslative. Il francese e l'austriaco accolse i patti successorii fra coniugi; il Cod. italiano invece non accolse questi nè altri di qualsiasi forma.

CAPO XXXVI.

CARATTERI DEL DIRITTO SUCCESSORIO MEDIEVALE E MODERNO.

256. Il diritto successorio germanico ebbe principii suoi ed essenza peculiare, differente dal romano; e quelli e questa derivanti dal concetto della comproprietà famigliare, la quale, sebbene ai tempi delle leggi fosse interamente o quasi scomparsa, aveva forte influito sulla formazione di alcuni concetti giuridici sorti quando essa dominava ancora e quando lo spirito o i ricordi suoi erano molto vivi.

Dal fatto che il diritto all'eredità veniva all'erede col sangue, che la qualità di erede legittimo era inseparabilmente legata alla qualità di parente, ed egli ereditava come se esercitasse un diritto di comproprietà — discendeva che, avvenuta la morte, l'erede occupasse senza altro la sostanza lasciata, tacitamente e come continuazione di possesso. Quindi nessun segno di delazione, di adizione, di acquisto o di rinuncia dell'eredità: il morto investiva il vivo, come si diceva secondo un adagio sorto in Francia nei tempi feudali « Mortuus facit vivum haeredem; *Le mort saisit le vif* » (1). Il che voleva dire, in ordine all'acquisto dell'eredità, che questa era acquisita senza d'uopo di dichiarazione di accettarla. L'erede germanico era tale non per atto di accettazione o di adizione, ma pel fatto della morte dell'ereditando e dell'apertura della successione: era chiamato per un diritto proprio, cosichè il morto non aveva alcuna influenza nella scelta dell'erede. La morte rende erede, dà il possesso al vivo (2), trasmette all'erede, senza altro atto, diritti e doveri. Dal qual concetto seguivano le seguenti conseguenze: L'erede che ha sopravvissuto anche un istante al *de cuius* trasmette tutti i diritti suoi agli eredi, per la ragione che gli erano devoluti dal momento del decesso e senza che fosse necessario ricorrere al sistema romano delle trasmissioni (Heusler) — principio che fu

(1) Renaud, *Die französ. Rechtsregel: Le mort, ecc. Z. f. Rechtswiss. u. Gesetzgeb. d. Auslandes*, XIX, 1847, XX, 1848; e nella *Revue de législ.*, XXIX, XXX, 1847 e 1848, e nella *Rev. des Revues de dr.*, X e XI; Valroger, *De l'origine de la maxime: Le mort, ecc. Revue de dr. fr. et étrang.*, XVII; Klimrath, *La saisine, ecc. Rev. de législ.*, II; Thiercelin, *De la saisine hérédit. dans l'ancien. dr. Rev. critiq. de législ.*, 1872; Phillips, *Z. f. gesch. R.W.*, VII; Cosack, *Besitz der Erben*, 1877; Pertile, § 129-130.

(2) Secondo Beseler, § 134, Walter, § 586, n. 4, Heusler, *Gewere*, 172-181, il possesso passava senza altro all'erede. Invece per Gerber, § 248, Stobbe, *Gewere*, pag. 461 e Randa, *Besitz*, 3ª ed., p. 392, l'erede acquistava solo il diritto al possesso, che egli deve poi prendere.

poi accolto anche dalle leggi che volevano l'adizione: L'erede aveva una saisina di diritto che poteva di propria autorità trasformare in una saisina di fatto o possesso reale: Solo l'erede legittimo aveva questa saisina: Il testamento non faceva che dei legatarii, alla legge solo appartenendo fare gli eredi (dal che la necessità degli esecutori testamentari che avevano la saisina di tutto quanto disponeva il testatore, di cui dovevano difendere la volontà contro gli eredi legittimi). — Tuttavia se anche *ipso iure* il possesso e i diritti tutti passavano all'erede, era antica consuetudine prendere possesso con forme solenni (*anefang* presso i Franchi e i Sassoni), ossia davanti ai tribunali, provando la parentela e il possesso del defunto; si pronunciava una sentenza e compivansi simbolici atti di presa di possesso (1).

L'eredità non era considerata come un'unità patrimoniale, ma i beni dal defunto posseduti potevano formare distinte parti e masse: non richiedevasi che vi fosse un erede, nè coloro cui toccava la successione erano come i legatarii romani solo successori a titolo singolare; ma la loro posizione era in tutto eguale, ed essi rispondevano egualmente e per la loro quota del passivo che gravava l'eredità (Stobbe: contro Lewis, Heusler). In ciò il diritto germanico si differenzia dal romano, come se ne differenzia anche per la mancanza dell'idea tutta morale della continuazione della personalità giuridica del morto, su cui fondasi il concetto romano di *heres*. Nel germanico il rapporto dell'erede all'eredità era tutto materiale. Così non dipendeva dalla confusione delle due personalità giuridiche il fatto che l'erede fosse responsabile pei debiti e pei delitti del defunto (2), ma tale responsabilità era soltanto conseguente alla circostanza che il patrimonio del morto aveva i suoi gravami ed era vincolato ai creditori o aventi diritto a riscuotere il guidrigildo o l'ammenda, — gravami e vincoli che passavano tutti agli eredi, i quali erano tenuti a liquidare. La responsabilità pei debiti era limitata alla sostanza lasciata (Stobbe, Miller, Pertile, Heusler: contro Amira, Lewis pei tempi antichi): ma quella pel pagamento del guidrigildo no, la qual differenza spiegasi pensando alla solidarietà della sippe e degli eredi pei delitti di un membro, e al fatto che se il defunto fosse stato ucciso la sippe e gli eredi suoi avrebbero usufruito del guidrigildo (§ 307). Con quell'ordine e in quella misura con cui se lo sarebbero distribuito, dovevano egualmente pagarlo (Brunner, cit. § 305); e pagavasi

(1) Cosack, cit., Behrend, *Anevang. u. Erbengewere*, 1885; London-Pappenheim, *Anefangsklage in ihrer urspr. Bedeut.*, 1886, § 1-3.

(2) Lewis, *Succession des Erben in die Obligationen des Erblassers nach d. R.*, 1864; Stobbe, *Jahrb.* di Bekker e Muther, V, 293-349; Salvioli, *La respons.*, cit. §§ 168 e 305.

o tutto dagli eredi, o secondo altre leggi, parte da essi, parte dagli altri membri della sippe. Però fu in seguito ammessa la cessione dei beni per liberare gli eredi da ogni responsabilità, e anche la separazione dei patrimonii (Liut. 56), rimedii dovuti all'influenza romana, perchè fra l'altre cose nell'antico diritto il ripudio dell'eredità sembrava offesa al morto.

Se gli eredi erano molti, le quote erano sorteggiate, oppure il maggiore faceva le parti e il minore sceglieva (da ciò è derivato il *jus optionis* del diritto siculo, Brünneck). Spesso però si restava nell'indivisione, liberi però i comproprietari di alienare il loro diritto ereditario.

257. La legislazione italiana presenta una miscela di idee romane e germaniche in materia di successione. Risorsero sì coi glossatori i classici concetti dell'adizione e della delazione, dell'eredità giacente, ecc., del diritto romano, ma con ciò il principio *mortuus saisinat vivum* non scomparve in Italia, l'accolsero gli stessi romanisti (Paolo di Castro), e sulla base di esso la pratica ascrisse senza altro il possesso all'erede, gli diede i rimedii possessorii anche senza guardare se realmente aveva preso il possesso (1). Come nel diritto pubblico si diceva: il re non muore mai; così nel privato volevasi allontanare qualunque soluzione di continuità nel possesso dell'eredità. Molti statuti (eccetto la legislazione veneta che prescrisse l'adizione e voleva l'immissione in possesso per atto di magistrato (2)) senza respingere il concetto romano dell'accettazione, fecero omaggio al detto principio germanico retroagendo gli effetti alla morte dell'ereditando, restituendo l'erede nel possesso dei beni a quel tempo e non richiedendo una nuova apprensione dopo l'adizione (Pertile). La doppia corrente derivante dalle idee romane e dalle germaniche è penetrata anche nelle leggi italiane moderne (Cod. sardo 967, 987; parmense 821, 879; estense 942, 961) per le quali il possesso passa di diritto all'erede senza bisogno di materiale apprensione e gli effetti dell'accettazione risalgono al giorno dell'apertura della successione: e conformi al principio germanico che l'eredità si acquisti per semplice delazione, dichiarano che se l'erede muore prima di aver accettato, trasmette ai suoi

---

(1) Sulle dottrine dei glossatori e dei giuristi italiani, francesi e spagnuoli, v. Renaud, 129, 132, 279; Delbrück, *Dingliche Klage*, 110; Heusler, *Gewere*, 324, 330, 362.

(2) Nel diritto napoletano però l'erede che vuol esercitare i diritti ereditarii, doveva provare che non si era astenuto dall'eredità o l'aveva acquistata con parole o fatti o pubblici istrumenti o chiedendo al giudice il decreto di *preambolo*, che apriva la via all'acquisto dell'eredità. Il preambolo non era rilasciato da tutti i tribunali, e lo si redigeva colle formole « salvo jure cuiuslibet — spectare et spectavisse » secondo la qualità dei beni caduti in successione.

eredi il diritto di accettarla. A questi concetti informasi anche il Codice vigente che considerando egualmente, cioè senza preferenze, le due successioni, estese anche all'erede testamentario il principio *le mort saisit le vif*, anche se concorre col legittimario dando ad entrambi il compossesso legale.

Pure effetto delle idee germaniche fu lo sfavore con cui furono tenuti dagli statuti il ripudio e il beneficio di inventario. Ripudiare infamava, anche a Firenze nel 1585. Il beneficio di inventario, affacciatosi nella legislazione longobarda già nel secolo XI, osteggiato anche dal diritto canonico, in omaggio al principio che l'erede deve rispondere anche *ultra vires hereditarias* per salvare l'anima del defunto e pagare per lui tutti i debiti (v. opere cit. § 165), fu spesso vietato (Pavia, Piemonte).

L'influenza romana nel diritto moderno si manifestò in molti punti e particolari non che nella nomenclatura. Valgono ancora le definizioni generali del diritto romano e i suoi modi di distinguere la successione universale dalla particolare. I Codici passati erano più ligii ad esso in confronto al vigente: per es. gli atti di ultima volontà che non contenevano istituzione di erede non dicevano testamenti ma codicilli, note testamentarie, fogli addizionali. Con queste note secondo il codice sardo, il testatore che si era riservata nel testamento la facoltà di farne, non poteva rivocare alcuna disposizione anteriore, ma solo far legati fino alla concorrenza di 1|20 della porzione disponibile. Le note come i codicilli non sono più ammesse dal Codice italiano. Anche in altri punti di diritto successorio (accrescimento, sostituzione, ecc.) si è staccato il Cod. vig. dal giure rom. ed ha proceduto per nuove vie, seguendo la ragione filosofica e lo spirito democratico dei tempi.

SEZIONE QUINTA — Diritto delle obbligazioni.

CAPO XXXVII.

NATURA E FORMAZIONE DEI CONTRATTI (*).

258. Anche il moderno diritto delle obbligazioni non riproduce integralmente le norme del gius romano. Qui pure i vecchi isti-

---

(*) **Bibliografia.** — Grimm, 600-621; Amira, *Nordgerm. Obligat.*, I, 1882; Stobbe, *Zur Gesch. d. deut. Vertragsrecht*, 1855; *Reurecht u. Vertragschluss u. alt. d. R. Z. f. R.G.*, XIII; Sohm, *Recht d. Ehesch*, 18, 24 segg., Esmein, *Études sur les contrats dans l'ancien dr. fr. Nouv. Rev. hist.*, 1880, 1882; Thévenin, id., 1880; Franken, *Franz. Pfandr.*, 1879, I, 43, 210, 261; Loening, *Vertragsbruch*, 1876; Sickel, *Bestrafung d. Vertragsbruch*, 1876; Heusler, II, § 121-127; Schroeder, 54, 278; Pertile, IV, § 149-155.

tuti si sono perfezionati; nuovi ne sono sorti, in parte sono dovuti al movimento della civiltà e del commercio e in parte sono corollari di idee e di istituzioni germaniche, le quali egregiamente si prestarono alle esigenze della vita economica moderna. Il sustrato, il fondo delle dottrine e delle leggi vigenti sulle obbligazioni è senza dubbio romano; ma altra origine hanno canoni in esse fondamentali, come i modi di formazione delle obbligazioni, i modi di cessione a titolo singolare, i concetti di rappresentanza, di credito, i mezzi di garanzia, ecc. Non piccola parte di paternità per queste innovazioni spetta al diritto germanico.

259. Il punto di partenza del diritto delle obbligazioni presso i Germani fu uguale a quello della *stipulatio* romana; soltanto che ciò che i Romani richiedevano per avere un'azione, i Germani volevano per la validità dei contratti. Secondo il diritto introdotto in Italia dopo il sec. VII solo l'obbligazione valida produceva una azione; e, come nell'antico diritto romano, non ammettevansi obbligazioni valide se non si legavano a forme determinate o a prestazioni sensibili. — Al tempo delle Leggi non si ebbero difatti che due sorta di contratti giuridicamente possibili: 1° il contratto formalista e solenne (*fides facta*) che consisteva in una promessa formale, unilaterale di pagare a giorno fisso; 2° il contratto reale che si formava *re* ossia dalla consegna di un oggetto ad alcuno; pel fatto della consegna e della accettazione sorgeva l'obbligazione. Formale poteva essere qualunque contratto; reali erano oltre i quattro contratti reali del diritto romano (mutuo, comodato, deposito, sequestro), la vendita, e la locazione.

È completamente abbandonata l'antica opinione di Troplong, Puchta, Savigny, Walter, Zoepfl, Gerber, Gengler, che i Germani non conoscessero che contratti consensuali e che abbiano portato nel mondo il consenso come esclusivo fondamento giuridico delle obbligazioni, opinione che pur tuttavia fu ripresa e sostenuta recentemente dal Loening e dal Thévenin, ma più specialmente dal Siegel, dall'Hofmann e dal Witte (1). Le ricerche dei moderni germanisti hanno provato l'inesistenza presso gli antichi Germani del concetto che la semplice promessa creasse un vincolo fra le parti. E fu Sohm che dimostrò non aver i Germani ammesso che contratti o formali o reali e che presso loro il *pactum* spogliato di forme non produceva obbligazione e nemmeno un'esecuzione come il *pactum* romano: richiedendo essi o una formalità o che una parte avesse effettuata una prestazione anche parziale. Poi Franken (*Französ. Pfandrecht* 213) completò le di lui ricerche dimostrando che l'origine del contratto formale (wadia) sta nella costituzione di pegno. In una società

(1) Siegel, *Versprechen als Verpflichtungsgrund*, 1873; Hofmann, *Entsteh. d. oblig.*, 1874; Witte, *Bindende Kraft d. Willens im altdeut. obligat. Z. f. R.G.*, VI, 1867.

che non sperava protezione per gli interessi economici dai poteri costituiti, tutti i negozii si concludevano in contanti: da questo stato di cose si progredì, quando una parte diede invece del contante un pegno equivalente per una controprestazione; il qual pegno poi scemò di valore come crebbe la fiducia verso i pubblici poteri, finchè divenne un simbolo quale ci si presenta nelle leggi sotto figura di *wadia* (1). Sifatta evoluzione da un contratto in contanti in contratto a credito sarebbe compendiata nella formalità della *wadia* o *wadiatio*. Tale è la dottrina di Franken pei contratti formali.

In verità gli antichi Germani non conobbero che contratti in contanti, cioè immediati come la permuta e la compra-vendita, e contratti onerosi, giammai gratuiti: e per renderli onerosi, bastava che in cambio di una prestazione, chi la riceveva restituisse contemporaneamente qualsiasi oggetto anche di minimo valore (*arrha, launegild*) (Val de Lievre). Ma poi si introdusse la possibilità di dare un pegno che il ricevente avrebbe in seguito soddisfatta la sua obbligazione: e da questo pegno derivò l'ulteriore sviluppo del diritto delle obbligazioni presso i Germani. Il debitore prometteva una seguente controprestazione a termine fisso consegnando un pegno, che poi fu un oggetto simbolico, un guanto, un bastone, o *festuca* (*wadia* presso i Longob.: le due espressioni sono eguali secondo Val de Lievre, Stobbe, Behrend, Wach, Walter: contro Thevenin). Il debitore gettava la festuca in seno al creditore che la raccoglieva. Quest'atto rendeva perfetto il negozio, come la stipulazione romana era perfetta dacchè le parole legali erano state pronunciate. Sifatta costituzione di pegno che avveniva pubblicamente, nelle sedute giudiziarie non importava solo soddisfacimento del creditore, ma pena del debitore che agli obblighi mancasse; e la pena era la perdita del pegno. In tal guisa il contratto formale (*fides facta* presso i Franchi, *wadiatio* presso i Longob.) si svolse appunto da questo procedimento di pegni e cauzioni giudiziarie (*cautio iudicatum solvi*), dai modi di mallevaria con cui si assicurava l'adempimento delle promesse. La formalità del getto della festuca surrogò la costituzione del pegno o quella di mallevadori, quando il debitore non aveva oggetti da dare in pegno. La *festuca* (*wadium*) vuolsi poi rappresentasse la lancia simbolo della podestà, nel senso che chi la gettava, dichiarasse così di abbandonare ogni suo diritto in favore di colui che la riceveva, espressione cioè sensibile che quegli non si sarebbe più difeso colle armi (Schroeder, Thévenin). Cotali contratti formalisti avevano luogo in ispecie quando la prestazione doveva essere fatta da una parte sola, da quella del debitore (per es., nella promessa di pagare il *judicatum* ossia di accettare la sentenza, o di fare una prova).

La *wadiatio* longobarda nella sua forma originaria non rappresenta tanto un contratto o promessa di debito, quanto un contropagamento

(1) Molto disputasi sulla natura della *wadia*. Troya, Pertile, Sohm, Siegel, Zoepfl la ritengono una cosa qualunque; Schupfer, segno della promessa fatta; per Pertile non è forma essenziale, mentre lo è per Wach. Secondo lo stesso Pertile e Loening è mezzo per assicurare il compimento del contratto. Vedi Val de Lievre, *Launegild u. Wadia*, 1877. Sulla festuca v. Michelsen, *Fest. notata*, 1856.

o una garanzia di poter liberamente procedere esecutivamente sui beni del debitore. Ciò che rendeva una convenzione (*stantia* o *convenientia*) esecutoria era la *wadiatio*. Se questa era compiuta o dando mallevadori, o costituendo pegni, oppure anche consegnando la simbolica *wadia* dalla quale poi derivava il diritto del creditore di eseguire pignoramenti di sua autorità (§ 264), si aveva allora la *wadiæ obligatio*, ossia una obbligazione con facoltà di libera esecuzione da parte del creditore, qualora questi non sia al tempo convenuto soddisfatto del suo avere. La *wadiatio* quindi era forma di esecuzione, anzi soddisfacimento del creditore, ed avveniva per costituzione di pegno o di mallevadori: la presenza e il significato di essa dimostrano come il diritto germanico delle obbligazioni sia sorto e si sia svolto in un periodo in cui non si aveva nozione di credito nè di fiducia nella giustizia pubblica. In seguito la *wadiatio* perdè la sua natura esecutoria e fu usata quale rito dei contratti formali in senso puro, e l'*obligatio wadiæ* decadde a semplice forma per la costituzione dei debiti unilaterali cioè non basati su controprestazione. Alla quale evoluzione seguirono la limitazione del pignoramento privato, l'introduzione delle pene convenzionali, e inoltre la trasformazione del *wadium* in un oggetto da servire per la solennità del negozio o anche in un semplice giuramento, in una stretta di mano (*palmata*).

Un progresso avvenne pure nei contratti reali (*res præstita*), poichè dopo di aver richiesto la tradizione dell'oggetto, bastò una prestazione qualsiasi, anche accessoria, relativa al contratto, come nella vendita o negli sponsali il pagamento delle arre. Altri contratti presso i Longobardi e poi si facevano mediante la *tingatio*, usata specie dove volevasi statuire la prelazione e l'eventuale retratto, come nelle successioni contrattuali, nei contratti di mezzadria, di enfiteusi, nelle permute, ecc. (v. Abignente, *Consuet. di Salerno*, 1888).

260 (*). Sifatti modi di originare le obbligazioni avevano delle somiglianze con quelli usati dalle popolazioni romane: i contratti *re* si accostavano a quelli *ex re præstita* dei Germani, la *fides facta* alla *stipulatio*. Questa quasi uniformità del diritto servì a fare accettare dai nuovi venuti l'uso degli *instrumenta* destinati a constatare i contratti, non nel senso che alla scrittura avevano dato i giuristi di Roma, ma in quello più lato che si era formato nella consuetudine ossia nel diritto volgare. I Germani ricevettero l'uso della prova scritta dalla pratica romana che possedeva in formole stereotipate, perpetuate dal clero e dai notai fedeli depositarii delle antiche tradizioni. In queste formole senza logica coe-

(*) **Bibliografia.** — Brunner, *Zur Rechtsgesch.*, cit. § 38, I, p. 44 segg.; *Carta u. notitia*, nelle *Comment. in honorem Mommsen*, 1877, *Z. f. H.R.*, XXII; Girardin, *Sur la solidarité. Nouv. Rev.*, IX, 1885; Stouff, *Format. des contrats par l'écriture dans le dr. des formules. Id.*, XI, 1887; Posse, *Lehre v. d. Privaturkunden*, 1887, p. 476 segg. (sulla prova dei docum.); Bresslau, *Urkundenbeweis im alter. deut. R. Forsch. z. d. G.*, XXVI; Schupfer, *Singrafe e chirografi. Riv. ital. di scienze giurid.*, VII, 1889, pagine 345-412.

renza si riproducevano espressioni vetustissime romane e altre giustinianee che ricordano la *rogatio* o richiesta fatta al notaio, l'*absolutio* o rimessa dell'atto alle parti; e in Italia ogni atto di alienazione conteneva la clausola di mancipazione, la *stipulatio duplæ*, la dichiarazione sugli effetti della tradizione, ed altre espressioni di *stipulatio subnixa*, *aquiliana*, *arcadiana* (1) delle quali nè le parti nè i notai più comprendevano il valore.

Ma intanto perdute le fini analisi dei giureconsulti romani, si compì un fatto che era stato preparato nella pratica del diritto volgare, ma sempre respinto dalla scienza; e fu la trasformazione della carta da documento probatorio in titolo costitutivo di diritto.

Presso i Romani la prova per iscritto entrò negli ultimi tempi della repubblica nè ebbe mai predominio sulla prova testimoniale, come è per le moderne leggi che vietano produrre testi contro scrittura o in ogni materia che supera un certo valore. Ma nella pratica, in seguito allo sviluppo dell'uso della prova letterale, si ebbero idee più larghe sul valore dello scritto probatorio, e nei contratti lo scritto finì per essere considerato come elemento essenziale, subordinando l'esistenza di ogni contratto importante alla redazione di uno scritto, e in esso ponendo il principio della validità del contratto stesso. Non si richiedeva più che le parti pronunciassero le parole solenni della stipulazione, bastando far di esse menzione nello scritto e questa finzione sostituita alla realtà permise di sopprimere la stipulazione verbale e di non richiedere più la presenza delle parti. Si potrebbe anzi dire che la stipulazione scritta si convertì in un titolo di credito. Tale contrasto fra la pratica e la dottrina produsse un po' di confusione nelle idee dei giureconsulti; e fece diffondere l'idea che lo scritto fosse necessario per formare i contratti, malgrado che rescritti imperiali la combattessero, opponendo la vera nozione dello scritto probatorio, semplice mezzo di prova (2). Tuttavia questo movimento che portava la pratica a sopprimere il formalismo della *stipulatio* e ad ammettere grande importanza alla redazione di una scrittura agì anche sulla legislazione (l. 17, C. IV, 21: l. 14, C. VIII, 38). Tale era, almeno lo stato del diritto volgare romano, quando venne in contatto col germanico: ai Germani piacque la pratica romana; essi pure come i provinciali, estranei alle sottilità dei giuristi non arrivavano a comprendere la differenza fra la formazione del contratto e la sua prova e preferivano ritenere che lo scritto formi e provi il contratto. Così non

---

(1) Su quest'ultima formola v. Pardessus, *Bibl. d. Ecole d. Chart.*; II, 1840; Seuffert, *Z. f. R.G.*, XV, p. 115; Schroeder, id., XVII; Brunner, *Urkund.*, 223; Kohler, *Beitrage*, I, pagine 24, 31.

(2) Sui contratti letterali del dir. romano v. Mommsen, *Pompeian. Quittungstafeln*, nell'*Hermes*, 1877; Gneist, *Formellen Verträge*, 1845; Bruns, *Klein. Schrift.*, 1883, p. 103; Facelli, *L'exceptio non numer. pec.*, 1886; Schupfer, *Singrafi*, 345-391; *Allodio*, § 48 (sulla *traditio cartæ*); Goldschmidt (sui titoli al portat. nell'antichità), *Inhaber. Order. execut. Urk. im class. Alterth. Z. f. R.G.*, XXIII, 1889.

si considerarono come obbligati finchè l'atto scritto non era perfetto, ossia ritennero, come già faceva il diritto romano volgare, che il contratto nascesse al momento in cui lo scritto destinato a provarlo, è perfetto. Formalisti come erano, fecero della scrittura, della *carta* o *cautio* un modo per costituire il contratto, un titolo di credito per sè stante. La consegna della *cautio* dal debitore al creditore era per essi l'atto formale che dava vita e perfezione al negozio, l'atto che manifestava la volontà dei contraenti : per questa consegna che valeva presso i Franchi come un'investitura (Franken), il credito si trovava come immedesimato e incorporato nella carta, cosicchè poteva trasmettersi anche ad altri con la carta e si estingueva colla carta (Brunner, Schupfer). La diffusione di questo modo di formare contratti fu rapida: vi contribuirono probabilmente i chierici. Gli Ostrogoti accolsero la pratica volgare dicendo che la vendita degli immobili si faceva per scrittura; presto anche presso i Longob. tutti i contratti si fecero per *cartulam* semplicemente, oppure assieme ad altri simboli: ma comunque fosse, l'atto importante, essenziale era la consegna della carta: questa soltanto era il simbolo dell'investitura; il quale sostituiva la *wadia*. Se il negozio doveva essere perfezionato dalle due parti colla carta, come nella permuta, nella divisione, allora due documenti si redigevano: unico invece era nella vendita dove solo il compratore riceveva la carta e non il venditore che riceveva il prezzo, pria di consegnare la carta.

Anche la redazione della carta non avveniva senza certi riti. La carta passava per diverse mani pria di essere completa: doveva essere dal notaio presentata ai testi per la *roboratio* e questi dovevano *tangere cartam* o *manum ponere:* poi il notaio la consegnava al destinatario (secondo facevasi nel dir. romano bisantino). Senza la *traditio* restava un progetto: la *traditio* dalle mani del wadiante a quelle della controparte era analoga alla *wadiatio;* essa perfezionava il contratto. Se il contratto si faceva con una Chiesa la *traditio* facevasi sull'altare. A questa *traditio* propria dei Longob. corrisponde presso i Franchi, Alamanni, ecc. il *levare atramentum de terra* o il porre, oltre gli altri simboli di investitura, coltello e bastone, terra, ramo e guanti sulla pergamena e ceder questa con essi. Anche questo modo fu molto usato in Italia dalla seconda metà del IX sec. perchè molti erano i Franchi qui residenti ed essi erano anzi i maggiori proprietari di terre. Questi ulteriori atti non tendevano altro che a trarre dai mezzi di perfezionare il contratto, altri mezzi di prova. Ma era sempre e soltanto *la carta* quella che serviva alla stabilità e fermezza delle obbligazioni: ed era la cessione di essa che trasmetteva la proprietà anche senza corporale tradizione, senza reale o formale investitura, che formava il contratto, come la romana *mancipatio.* I *verba dispositiva* del documento dichiaravano la *causa traditionis* e la volontà delle parti. Già le leggi germaniche copiando le romane esigettero che certi atti, come le vendite e i contratti relativi ad immobili si facessero per scrittura. E queste scritture riproducevano la terminologia delle singrafi romane: esse figurano ancora quali contratti per stipulazione, soltanto che questa non appare che in una frase stereotipata (*stip. subnixa*).

La pratica e il diritto comune del medio evo germanico accolsero

che la carta creasse il diritto che enunciava, che rappresentasse un'obbligazione, che il contratto traesse dalla carta la sua forza obbligatoria. Fu proclamata la potenza della scrittura per formare le obbligazioni e trasferire i diritti reali; colla carta si identificò, in una parola, il contratto, cosichè dal momento che il credito era stato consegnato nella carta, trovasse in essa la sua perfezione e quindi esistesse per essa, stesse e cadesse con essa. La carta esercitò, coi Germani, la funzione di fermare, confermare e stabilire l'obbligazione; ed essi trassero dal concetto che l'obbligazione era immedesimata e confusa col titolo, che il titolo era la fonte e la condizione della sua esistenza, tutte le conseguenze, come che il debitore dovesse pagare a chi gli presentava il titolo, al portatore di esso che l'obbligazione si intendesse senz'altro trasmessa col titolo che la conteneva, che bastasse il possesso della carta a legittimare il portatore, sebbene non ne fosse il titolare, sia come procuratore del titolare, sia come creditore indipendente (Schupfer). Su questa base sorse tutta la teoria dei titoli al portatore, dei debiti da pagarsi a chi presenterà la carta, così frequenti nel diritto longobardo-franco (1); da essa derivarono le clausole *ad exigendum*, che verosimilmente nascondevano un mandato, quelle *pro vice* che erano di rappresentanza, come infine le clausole al portatore con alternativa (*tibi aut cui hoc scriptum pro manibus abuerit et nobis ostenderit*, doc. dell'an. 873).

Incorporando debito e credito nella carta, il diritto germanico aveva gettato le basi giuridiche della cambiale, dei titoli al portatore, delle carte all'ordine, delle varie forme del credito moderno che si immedesimano nella carta; esso diede al credito, alla carta, la massima commerciabilità, non richiedendo ai possessori di giustificare il possesso del titolo, nè le cessioni avvenute, riconoscendo nel portatore un diritto che non derivava dal primo creditore (come il cessionario dal cedente), ma che traeva sua origine dalla convenzione del debitore di pagare al portatore del titolo. Insomma al mondo germanico si collega il principio delle legislazioni moderne intorno al valore della scrittura quale creativa di diritti.

261 (*). Di contro al diritto germanico che per la formazione

---

(*) **Bibliografia.** — Witte, *Bindende Kraft des Willens*, *Kritis. Vierteljahrs.*, VI, 330-398; Kartsen, *Lehre v. Verträge bei den Italien. Iuristen des Mittelalt.*, 1882; Seuffert, *Zur Gesch. d. obligator. Verträge*, 1881, p. 87; Salvioli, *Titoli al portat.*, p. 134-145.

---

(1) Brunner, *Z. f. H.R.*, XXII e XXIII, 1877-78; *Die französ. Inhaberpapiere des Mittelalt.*, 1879; Kuntze, *Lehre d. Inhaberpap.*, 1857, I, p. 54 segg.; Salvioli, *I tit. al portat. nel d. long.-franco in rapporto alla cessione, al mandato e alla rappresentanza*, 1881; *I titoli al por-*

dei contratti voleva una prestazione o una formalità (*wadia* o scrittura) venne il diritto canonico e poi la giurisprudenza, i quali diedero vigore ai patti basati sul solo consenso, ai *pacta nuda*. Non solo negli antichi padri della Chiesa ma anche nei canonisti dell' XI sec. prevalgono i concetti morali sui giuridici; cioè nella specie ritennero che ogni violazione di una promessa non vincolata a formole fosse un *mendacium*, una colpa; identificarono obblighi morali e giuridici: dalla quale identificazione emanò il concetto che la Chiesa dovesse far sì che fosse obbligatorio l'adempimento di una promessa almeno nel foro ecclesiastico e che tale obbligo stesse sotto le sanzioni disciplinari (*condictio ex canone, denuntiatio evangelica*) di cui essa Chiesa disponeva.

Il diritto canonico si allontanò così dal formalismo romano e dal germanico, presentando l'obbligazione sotto un nuovo aspetto, dando cioè l'*actio* anche ai *pacta nuda*. Esso diede la prevalenza all'elemento morale e alle manifestazioni della volontà, liberò il contratto da qualsiasi impedimento di formalismo. La sua influenza fu in questo modo profonda anche sui civilisti. Questi, cioè i glossatori e i giuristi del sec. XIV, avvalendosi di erronee interpretazioni del diritto romano, derivate dalla loro insufficiente conoscenza della storia, ma che poi furono feconde di risultati, sebbene non accettassero il principio del dir. canon. sull'obbligatorietà del patto nudo (Seuffert), tuttavia regolarono le obbligazioni non più alla stregua del formalismo, ma secondo i precetti del diritto naturale; e ammesso questo principio, da prima protessero i *pacta nuda* di natura commerciale, e poi nel sec. XV ad essi tutti estesero le garanzie delle azioni e delle eccezioni.

La Chiesa aveva trovato la via di rendere civilmente obbligatorie e valide le convenzioni senza che vi fosse stato prestazione, facendo giurare il debitore. Il giuramento promissorio era inviolabile, e inviolabile era la convenzione a cui si riferiva anche se vietata dal diritto civile. Per le condizioni sociali non sicure, per la insufficenza delle garanzie materiali, fu trovato opportuno circondare i contratti da garanzie morali e da sanzioni religiose; e il giuramento divenne di uso generale (1). L'autentica *Sacramenta Puberum* (C. II, 27) ne confermò l'uso pei contratti e d'allora i canonisti ne formularono la teoria ingegnosa che imposero in gran parte alla giurisprudenza secolare. Essi fecero del giuramento un vero contratto unilaterale formalista, di applicazione generale, che ri-

---

tatore nella storia del diritto italiano, 1883, p. 20-97. Sull'evoluzione del credito v. Papa d'Amico, *I titoli di credito, formaz. ed indole storico giurid.*, 1886; Pertile, IV, p. 438 segg.

(1) Esmein, *Le serment promissoire dans le dr. canon. Nouv. Rev. hist.*, XII, 1888, p. 248, 311. E gli antichi Mancini, Corneo 1606, Guttierez.

cordava la *stipulatio* del dir. rom., consistente in una formola pronunciata dal promettente, invocando Dio con parole solenni, con gesti, ponendo una mano sull'altare, sul vangelo, mentre coll'altra si teneva lo scritto che si confermava. Non era un contratto con oggetto fisso, ma un modo generale di contrattare, di un' energia singolare, con molti privilegi (Seraph. de Seraphinis ne enumera 74); era un obbligo verso Dio, quindi non sottoposto alle regole del diritto civile sulla capacità di contrattare. Fu per questa ragione che il dir. canon. dichiarò validi i giuramenti dei minori di 25 anni, massima accolta poi nella citata Auth. di Federico I: ammise come validi molti atti proibiti dalla legge civile se confermati da giuramenti, come l'obbligazione della donna per altrui, contro il Sc. Velleiano, la rinuncia a successione futura (§ 255), il pagamento delle usure, ecc., e ritenne imprescrittibile il credito nato da giuramento.

Però se così si assicurava l'osservanza della fede giurata, si trattava ancora di un contratto formalista, e la questione dei *pacta nuda*, se risolta dal diritto canonico pel foro interno, quello della coscienza e pel foro ecclesiastico, restava ancora per la scienza e i tribunali laici. Col giuramento non si aveva a base del diritto delle obbligazioni il consenso quale creatore di contratti. Furono i glossatori, che partendo dal diritto romano e dall'importanza che in esso aveva il consenso pei contratti, alterando il valore dei testi cercarono fondare sul consenso tutto il diritto delle obbligazioni. A ciò giunsero ragionando così: il diritto naturale è parte integrante del diritto giustinianeo, anzi l'uno si identifica coll'altro; mantenere i patti, la *fides pactorum*, è di diritto naturale, ma il diritto giustinianeo non può non volere cosa che è necessaria nel diritto naturale, dunque anche civilmente i patti devonsi rispettare. Ma poichè questa soluzione urtava contro la massima romana *nudum pactum non parit obligationem*, così ci fu contrasto nelle opinioni, e alcuni giuristi del sec. XIV distinsero diritto romano dal canonico, e dissero che la validità dei *pacta nuda* esisteva solo nel foro ecclesiastico, negli Stati della Chiesa, nelle cause dei chierici, non nel foro laico: altri tentarono conciliare il principio romano col canonico, osservando che la parola *nudum* si riferiva al *pactum nudum a solemnitate non a causa*, intendendo che se la *causa debendi* esisteva, il *pactum* avesse pure azione anche in diritto romano, facendosi solo eccezioni ai *pacta nuda* dei commercianti che anche senza la *causa* erano validi *in curia mercatorum* (Baldo). Ma la dottrina restò molto ingarbugliata e senza sistemi e concetti direttivi fino al secolo XV, epoca in cui si ammise che i *pacta nuda geminata* o ripetuti producessero azione (Aless. Tartagna) e che le regole del dir. canon. dovessero valere anche davanti il foro laico (Mariano Socino(contemporaneamente si accolsero anche le dottrine canoniche sul giuramento promissorio che vi durarono fino al secolo XVI, fino cioè alla separazione del diritto civile dagli elementi religiosi. Al secolo XVI poi Grozio e la scuola olandese contribuirono al progresso della scienza, dichiarando che la semplice promessa traeva la sua forza dal diritto naturale; e così anche i gesuiti spagnuoli, Xuares, Perez, Molina, sostenendo che in ciò la legge positiva doveva accordarsi col diritto naturale.

262 (*). Nelle città italiane sotto la spinta dell'intensa vita commerciale, assunse il diritto delle obbligazioni grandissima importanza. Fino allora le condizioni dell'economia sociale più rivolta alla terra e la preponderanza di questa sulla famiglia non lasciavan posto al credito e alla ricchezza mobiliare per svilupparsi. In mezzo al grande movimento economico e mercantile, sorse l'idea del credito che fecondò svariati istituti che celavano varie forme di prestiti e che subì una grande specificazione, quella di acquistare valore di cambio e di cambio traiettizio, nelle lettere di credito, nelle operazioni a termine, nelle vendite con pagamenti in fiere, nel cambio marittimo, nei depositi, nelle anticipazioni, contratti di colonna o di società in accomandite, nelle fiere, nei cambi, nei monti, nelle casane, ecc. nel credito bancario in genere. Nella legislazione statutaria, specie negli statuti de' mercanti, riflettesi il carattere economico delle obbligazioni: sono eliminate dal credito commerciale le formalità solenni ed essenziali del diritto antico, per far prevalere in quella vece i principii dell'equità e della buona fede; e ciò per quanto riguardava la formazione, i mezzi di prova, gli effetti, lo scioglimento delle obbligazioni commerciali in genere. Così, in antitesi al diritto romano, si riconobbero valide le obbligazioni con persone incerte che verrebbersi a determinare per una circostanza o per un fatto posteriore al sorgere della obbligazione stessa.

Nella legislazione statutaria il diritto delle obbligazioni fu quasi interamente regolato dalle leggi romane, salvo alcune innovazioni, del resto capitalissime, che passarono anche nei Codici moderni. Il primo mutamento riguarda l'inviolabilità dei patti. Le consuetudini mercantili non fecero differenza fra *pacta nuda* e *vestita*, e da esse passò anche nel foro comune che non richiedesi solennità per dar vita a un contratto (Alciato), bastando la parola per costituire la *causa debendi*. È vero che molti giuristi erano ancora ligii alle idee romane; ma la pratica commerciale prima, e poi la comune avevano protetto anche i contratti consensuali (Fabro, De Luca). Però generalmente si usavano formalità e anzi per alcuni contratti erano prescritte. Frequente imponevasi la presenza di testimonii (sui quali in Sicilia notasi l'influenza bisantina: Brünneck), la redazione di uno scritto probatorio, la trascrizione

(*) **Bibliografia.** — Papa d'Amico, *I titoli di credito*, 1886; Lattes, *Il dir. commerc. nella legislaz. statutaria delle città italiane*, 1884, p. 122 segg. Dei giuristi antichi vedi specialmente Gaito, *De credito;* Genua, *De scriptura;* De Luca; Petr. de Onnate, *Tract. de contract.;* Salgado, *Labirint. creditorum;* Olea, *De cessione iurium;* Gibalino, *De negotiatione.* Per le formalità Pico e Lambertenghi: e Simoncelli, 1574, per le solennità nei contratti dei minori. Dei moderni Larombière; Giorgi.

del contratto nei registri pubblici: l'intervento di magistrati speciali, mastridatti, *judices ad contractus* (nell'Italia merid.) che rendevano autentici gli atti meglio dei notai: e nei contratti mercantili usavasi la presenza dei sensali, la consegna della caparra (arra o denaro di Dio così detta perchè non era sempre cominciamento del pagamento, ma adoperavasi a scopi pii), la palmata o bacio, manifestazione del mutuo consenso, il ber vino assieme, ecc., che però non erano solennità necessarie alla perfezione del contratto, ma conferma e rafforzamento come nel diritto romano e mezzi di prova. L'origine di queste formalità è in gran parte germanica: della *stipulatio* romana nessuna traccia, nemmeno in Sicilia (Brünneck). La vittoria restò però infine al principio morale e volitivo: e allora accanto alla obbligazione reale o formale fu riconosciuta valida anche la consensuale: le forme non scomparvero e restarono ma quali manifestazioni, qualche volta imposte dalla legge, ma accidentali. Così elemento morale e materiale, cioè consenso e scrittura divennero due condizioni distinte. La scrittura tornò ad essere quale l'avevano concepita i Germani, modo costitutivo di obbligazioni: essa rappresentò il credito, il denaro, fu l'espressione della proprietà mobiliare: in essa si incorporarono il debito pubblico delle repubbliche italiane, quello dei grandi banchi, i titoli all'ordine, la cambiale, ecc., con tutte le conseguenze del principio come la trasmissibilità, l'esecutorietà parata, ecc. La scrittura non valse solo come prova ma le si attribuì l'efficacia di creare obbligazioni.

Nel periodo degli Statuti si svilupparono alcuni principii ignoti al diritto romano e il cui punto di partenza sta nella pratica germanica; tali sono, la rappresentanza nelle obbligazioni, ossia la facoltà di obbligarsi per mezzo di terzi, la cessione delle obbligazioni a titolo singolare (vietata in favore di *potentiores* e di persone privilegiate in Sicilia fino al 1819, Lamantia), il mandato tacito, ossia la possibilità di far acquistare diritti a terzi che non ne diedero mandato. Fu merito dei giuristi italiani, da Bartolo a Scaccia e a Stracca, di avere poi formulato, con mirabile armonia e coerenza, le teoriche di questi principii che in ossequio alle loro prevenzioni di scuola vollero vestire di forme romane. Essi disciplinarono pure i nuovi istituti che vi si connettevano, come la cambiale, i titoli al portatore, le cedole bancarie, le lotterie, ecc. (1). Le loro dottrine passarono poi nelle leggi e nella scienza moderna.

La giurisprudenza cautelare (§ 62, 69) introdusse nei secoli XV e XVI l'uso di inserire negli istrumenti molteplici cautele che si indicavano

---

(1) Buchka, *Lehre von Stellvertretung*, 1852, p. 121-187; Gareis, *Verträge zu Gunsten Dritten*, 1873, § 16, 17; Brunner, *Z. f. H.R.*, XXI; *Fransös. Inhaberpapiere*, 1879, pag. 15-19; Kuntze e Salvioli (cit. § 260, 261), p. 133-230; Tartufari, *Dei contratti a favore di terzi*, 1889, p. 51-58, 162-184; Pertile, § 150.

colla prima parola a cui seguiva un *etcetera* (clausole ceterate); e l'uso divenne così generale che nel 1584 fu pubblicata per la Sicilia una Pramm. che elencava e spiegava le clausole da adoperarsi e vietava adoperarne altre oltre le espresse nella detta Prammatica (Lamantia).

Sulle solennità dei contratti, sui contratti *penes acta* come dicevansi le promesse fatte nel Napoletano davanti l'Attuario o i mastridatti, sui mandati, o apoche, sulle forme dei rogiti notarili, le sottoscrizioni, ecc., abbondano manuali e formularii di forensi e disposizioni legislative che in gran parte sono conformi alle vigenti.

Nel diritto moderno il consenso delle parti è produttivo di obbligazione, e nessuna forma speciale richiedesi per la manifestazione del consenso: esso non conosce contratti verbali o letterali, ma solo consensuali. La sola distinzione che ancora persiste è quella di contratto reale (deposito, prestito, ecc.) e di contratti solenni, nei quali il consenso eccezionalmente manifestasi mediante forme rigorosamente prescritte dalla legge, e sopratutto mediante scrittura pubblica o privata (donazione, convenzioni matrimoniali, trasmissione di immobili, cambiale, ecc., Cod. civ., 1056, 1314, 1382, 1385), la scrittura colle forme del diritto giustinianeo e colle modificazioni suggerite dai nuovi bisogni. Essa può essere sempre adoperata dalle parti; nel qual caso serve *ad probationem potius quam ad validitatem actus* come dicevano gli antichi (Fachineo, Fierli); mentre quando è prescritta dalla legge serve quasi sempre *ad solemnitatem* (Giorgi). Così la scrittura oltre di essere prova necessaria per alcuni contratti, e per sè fonte di obbligazioni, incorpora in sè il diritto, è la forma propria e specifica del credito, una sua condizione giuridica. Però ora solo la scrittura notarile e la lettera di cambio sono atti dispositivi, mentre anche la privata era nel Codice estense, nel sardo, nelle leggi toscane circondata di garanzie, di esecutorietà quasi come un istrumento guarentigiato o camerale degli antichi tempi (1). Eliminata la reale prestazione come causa di esso credito, tutte le condizioni giuridiche di validità sono concentrate nel momento volitivo dell'obbligazione e nella scrittura, sua forma solenne ed essenziale. Il credito non solo si emancipò dal rapporto di causalità ma eziandio da quello rigorosamente contrattuale per assumere la forma di semplice atto unilaterale; il che diede il massimo sviluppo agli odierni multiformi titoli di credito, poggiandosi essi sulla libera volontà di obbligarsi al pagamento di una somma mediante una carta scritta (Papa d'Amico).

---

(1) Così chiamansi in Italia gli istrumenti notarili che contenevano la clausola dell'esecuzione parata. Su ciò vedi Briegleb, *Executor. Urkunden*, 1845; Salvioli, *Titoli al portat.*, p. 111-133; Pertile, VI, 610.

Del resto la principal sorgente del moderno diritto delle obbligazioni è la dottrina romana, modificata però fin dalle sue basi colla soppressione della distinzione di obbligazioni *stricti iuris* e *bonae fidei;* ma molte dottrine discendono dalle geniali concezioni dei giuristi italiani e francesi (come pei danni, la mora, la divisibilità delle obbligazioni — v. Molineo — molte teorie relative alle obbligazioni in solido e per le azioni di nullità)

CAPO XXXVIII.

ESTINZIONE DELLE OBBLIGAZIONI E MEZZI DI ESECUZIONE.

263. Nessuna innovazione sostanziale sul diritto romano offrono le leggi e la pratica italiana in materia di estinzione delle obbligazioni e sui modi con cui dovevasi effettuare il pagamento (1). Solo dove il diritto era incorporato nella *carta*, fin dal secolo IX volevasi che il creditore per essere pagato, presentasse il titolo che dovevasi restituire, distruggere o tagliare, non bastando la quitanza (2), e ciò sempre pel concetto che la carta era tutto, era il credito stesso. Se poi il creditore aveva perduto lo strumento di debito e non poteva restituirlo, allora redigevasi un' *epistola evacuatoria*, vera lettera di ammortizzazione che dichiarava senza effetto la carta come se fosse stata restituita: e ciò sempre perchè la carta non solo serviva a documentare la obbligazione, ma era nel tempo stesso depositaria di valori (Brunner, Schupfer). Ma qualche volta pattuivasi che se si perdeva il titolo originario, non lo si potesse surrogare con nessun'altra *epistola*.

Gli statuti cercarono evitare la *datio in solutum*, pericolosa al creditore e propizia per celare usure, nel che ispiravansi inconsciamente alle teorie de' scolastici e de' canonisti che sconoscendo il denaro quale rappresentante di tutti i valori e considerandolo solo come merce coniata, riputavano la *datio in s.* come rivendita fatta dal venditore per la stessa quantità di denaro e non come modo lecito di estinguere le obbligazioni mercè una surroga di valori (3). Anche dove era ammessa, notansi rilevanti differenze col dir. giustinianeo. In certi luoghi assegnavansi al creditore i beni per meno del loro valore reale, ma lasciavasi al debitore la facoltà

(1) Sulle questioni delle monete in cui fare il pagamento v. Salvioli, *Dirit. monet.*, pagine 61, 68 e segg. Sul pagamento secondo i giuristi italiani v. nell'*HB. des Handelsrecht.*, di Goldschmidt, I, § 107-109.

(2) Vedi doc. ital. in Lastig, *Z. f. H.R.*, XXIII, 177.

(3) Endemann, *Nationaloek. Grundsätze*, 73, 92, 121; Lattes, 126.

di riscattarli; in altri al contrario autorizzavasi il creditore ad imporla, in altri permettevasi al debitore di valersi del beneficio della *datio* anche se il creditore rimaneva inoperoso (1). La *datio* poi scomparve dai Codici moderni.

Intorno alla compensazione che era ignota al diritto germanico, furonvi nelle scuole dei glossatori delle dispute che si sono perpetuate fino a noi, cioè se la compensazione sia solo convenzionale (Azone, Windscheid), oppure anche legale (Martino Gosia, Donello, Brinz); le leggi tacciono in proposito e variarono le opinioni dei tribunali (2).

I pagamenti si facevano con carta moneta fin dal sec. XIII (a Milano, Novara, Sicilia, ecc.) e in modo simbolico col giro di partite di credito sui libri di altri commercianti (3). Negli statuti trovansi infine le prime tracce dell'offerta reale col deposito della somma in luogo sacro o presso l'autorità.

264. Contro il debitore che mancava alla promessa, le leggi davano mezzi coattivi. La violazione del contratto era presso i Germani punita con pene pubbliche (4). Il debitore insolvente era multato di 15 soldi presso i Salii, di 40 presso i Bavari. Chi non ritirava entro un dato termine le cose pignorate, si esponeva a nuovi pignoramenti e alla perdita di quelle e di questi (Wach). Anche il diritto canonico minacciò pene ai debitori insolventi, e gli statuti punivano con pene capitali chi abusava del deposito, e con corporali o con multe il colono che abbandonava il fondo, l'inquilino che sloggiava contro i patti (Piacenza), il servo che se ne andava (Padova, Vicenza), il debitore che non soddisfaceva entro il termine fissato dal tribunale, chi vendeva a più persone, ecc.

Il debitore rispondeva con tutta la sua sostanza, e questa non bastando, incorreva nella perdita della libertà in perpetuo, egli e i figli, ma dopo Liutpr., solo temporaneamente, fino cioè che col lavoro avesse soddisfatto il debito. L'addizione del debitore durava ancora nel sec. XIV e il creditore pretendeva disporre della persona di lui (5); ma poi si introdusse l'arresto personale (noto anche ai Longob. e ai Franchi, Bethmann-Hollweg) che passò in tutte le legislazioni dove rigidamente, dove mitemente (v. § 264 bis), come in Sicilia dove escludevasi se potevasi dare un fideiussore (Lamantia), e durò fino a noi (abolito nel 1876) e assieme l'isti-

---

(1) Polacco, *Della dazione in pagamento*, 1888, p. 72-80.
(2) Dernburg, *Die Compensation*, 1868, p. 284.
(3) E. Lattes, *Libertà d. banche a Venezia*, 1869; A. Lattes, *Dir. comm.*; Rota, *St. delle banche*, 1874; Cusumano, *St. dei Banchi di Sicilia*, 1887; Jäger, *Aeltesten Banken*, 1881.
(4) Sickel, Loening, cit. § 248.
(5) Come nel mercante di Venezia, vedi Kohler, *Shakespeare vor forum d. Jurisprud.*, 1883, p. 19 segg.

tuto della *cessio bonorum* che era vera dichiarazione di fallimento. Se il debitore era morto, in qualche luogo (Sardegna) potevano i creditori impedirne la tumulazione, finchè gli eredi non avessero pagato. Questi, anche quando il debitore era in vita, potevano essere per diritto longob. staggiti, avanzo dell'antica comproprietà famigliare (Pertile). Lui morto rispondevano dei debiti fino alla concorrenza dell'eredità, e qualche volta seguendo il dir. canon., anche oltre per le obbligazioni *ex delicto* (1). Nelle città italiane avveniva spesso che si molestassero i parenti del debitore insolvente (Lattes), o se forestiero, i suoi concittadini con sequestri e rappresaglie dopo lettere rilasciate dall'autorità (2).

Il diritto germanico ebbe poi accanto al procedimento giudiziario un caratterisco mezzo extragiudiziario per costringere il debitore a pagare, ed era il pignoramento privato permesso dalle leggi ma eseguito di autorità e forza privata del creditore sulla persona e i beni del debitore, il quale durò libero finchè i poteri pubblici furono deboli, ma fu disciplinato come questi si organizzarono (3).

Nei nuovi regni questo mezzo di esecuzione subì notevoli modificazioni. I Franchi Salii sottoposero la *pignoratio* alla preventiva autorizzazione del giudice (Nani; contro Sohm e Bigelow). I Visigoti, gli Ostrogoti, e i Bavari l'abolirono e così fecero forse anche i Ripuarii. Solo i Longobardi la mantennero nella sua integrità, cogli antichi caratteri e anzi l'estesero a tutti i contratti e fecero intervenire il giudice soltanto per autorizzare il pignoramento di certi oggetti preziosi. Nell'antico diritto questa procedura si esercitava per lo più per danni fatti da animali; indennizzare dovevasi tanto il fatto dell'uomo commesso direttamente, quanto l'incuria di lui nel sorvegliare i suoi animali. Era dunque un mezzo di esecuzione per le obbligazioni nascenti *ex delicto* o *ex quasi delicto*. Il danneggiato poteva sequestrare gli animali (esclusi quelli da tiro) o i servi, ma solo se li trovava in flagrante e nel fondo, e doveva tosto avvisare il proprietario. Scorso un certo termine o questi riscattava pagando i danni (4), oppure gli animali restavano al creditore non come vendita ma nel senso di vera appropriazione. Intanto il pignorante poteva servirsi degli animali e dei servi, e rispondeva della vita di questi

---

(1) Lewis, Stobbe e Salvioli, cit. a § 246.

(2) Sulle rappresaglie v. Salvioli, *Dir. di guerra secondo gli antichi giurec. ital.*, Camerino, 1884; Mas Latrie, cit. a § 231.

(3) Meibom, *Deutsche Pfandrecht*, 1867, p. 190-242; Wilda, *Pfandungsrecht. Z. f. d. R.*, I, 167-320; Delbrück, *id.*, XII, 221-269; Wach, *Italien. Arrestprocess*, 1868; Naegeli, *German. Selbstpfandungsrecht in sein. hist. Entwick.*, 1876, 1-30; Nani, *Studii di dir. longob.*, 1878, II, p. 121 segg.; Id., *Stat. di Pietro II*, p. 23 segg.; Val de Lievre, *Launegild*, 192-211; Pertile, IV, 498 e seguenti; Heusler, II, § 116.

(4) Schmidt, *Grundsätze ueber d. Schadenersatz in d. Volkerrechten*, 1885, p. 21-31.

pei primi 20 giorni; della morte accidentale era irresponsabile. Siffatta procedura si collega al principio della faida (1) e dell'autogiustizia; ma al tempo delle leggi aveva altro scopo ed era di avere pronta la prova, e diverso ne era il contenuto, poichè tendeva ad obbligare il creditore a soddisfare. A tal evoluzione si collega il motivo per cui i Longobardi la mantennero, e anzi l'estesero all'esecuzione dei crediti (2); la permisero solo sui mobili (Meibom) il che era in armonia col suo scopo. Non era poi senza difesa colui contro il quale dirigevasi la pignorazione privata. Chi agiva senza essere creditore, o senza avere le condizioni volute, commetteva un delitto, come il debitore che resisteva a torto, ed esponevasi a pagare una forte composizione. Il debitore poteva resistere ed appellarsi ai tribunali. — Questo mezzo di esecuzione fu vietato dai Capitolari e dalle leggi imperiali del secolo XIII e XIV, come prova della forte costituzione dei poteri centrali; ma in Italia restò in vigore fino al secolo XII e fu ammesso nei costumi pei debiti risultanti da documenti liquidi e certi (Wach). Ma il costume praticato già nel sec. IX di convenire la pignorazione privata al momento in cui redigevasi lo scritto (3), durò fino al secolo XV.

Malgrado i divieti legislativi l'istituto riprese i caratteri dell'autogiustizia, causa l'infelicità dei tempi, e divenne un *ius executivum* anche contro la persona del debitore. Nei sec. XII e XIII gli statuti da Aosta e i legislatori di Sicilia trovarono opportuno proibire i sequestri delle persone e delle cose che si facevano *sine sententia*. Tale persistenza trasformò il pignoramento in una misura provvisoria presa dal giudice sull'istanza del creditore, in sommaria anticipazione di procedura esecutoria: cioè si formò in Italia una forma di sequestro per assicurare l'esecuzione, ossia un'assicurazione anticipata. Essa si manifestò in certi provvedimenti presi contro i forestieri debitori perchè non sfuggissero al creditore, nella concessione di lettere di rappresaglie, nel riconoscimento delle clausole di arresto e pignoramento privato, nell'obbligo del giudice di sequestrare i beni altrui dietro richiesta e ciò *sine aliqua causæ cognitione*. La scienza italiana approvò questa procedura di sequestro di persona e pignoramento preventivo e ne formulò anzi le regole (Wach).

In quanto poi agli animali che avessero recato danno, gli Statuti permettono al proprietario pignorarli a titolo di prova del danno; ma in Sicilia e in altri luoghi doveansi denunziare o consegnare all'autorità; in Sardegna si potevano uccidere ma se ne doveva conservare la pelle (Pertile). Derivante dal diritto longobardo era la Consuetudine napoletana che permetteva al locatore della casa o del fondo prendere pegni

(1) Sulla connessione tra pignoramento privato e faida v. Del Giudice, *Vendetta nel dir. longob.*, 1876, ripubbl. negli *Studii di storia e dir.*, 1889, p. 246.

(2) Secondo Siegel, Meibom, Bethmann-Hollweg, Wach, Stobbe, Del Giudice, Heusler, era ammessa solo per le obbligazioni con *wadia*; Wilda, Walter, Sohm, Pertile, Val de Lievre, per tutte. Ricordando quanto abbiamo detto sul senso della *wadia* per l'origine dei contratti formali, riteniamo che fosse la *wadia* quella che fondava il diritto di pignoramento.

(3) Salvioli, *Giurisd. speciali*, I, 171 segg.; Pertile, IV, 500.

con propria autorità per la mercede della locazione, per la cattiva coltura e pei danni dati. Anche deriva dal diritto di pegno privato la facoltà di poter prendersi pegni dagli inquilini per le pensioni maturate e future, ove si trovassero in atto di fuggire, e da coloro che prendono animali a soccida. Nel secolo XVIII per evitare le risse, si sottoposero questi pignoramenti all'ordine del giudice, ma sempre senza citazione. I locandieri potevano perfino arrestare chi non pagava lo scotto. Erano generalmente eccettuati gli attrezzi rurali, la mobiglia di prima necessità, le merci oltremarine e le derrate, gli strumenti del lavoro, ecc.

264 *bis*. Le antiche leggi, specie le siciliane e napoletane, concedevano ai debitori molte dilazioni ai pagamenti, o indugi legali ed esenzioni dal carcere. Tale era il *beneficio di competenza*, concesso ai parenti, ai soci, al donante, ai soldati, ecc., *deducto ne egeant;* il beneficio del cap. Odoardus, *de solutionibus* di Gregorio IX pei chierici che non avessero mezzi, esteso poi agli avvocati; il beneficio della cessione dei beni, non ammesso pei debiti *ex delicto*, contro il fisco, ecc.; quello della dilazione triennale o quinquennale se il debitore ha sofferto infortuni, e delle dilazioni regali; quello dell'anno competente, per es., ai cittadini palermitani dopo che sono stati in carcere un anno, se giurano di pagare venendo a miglior fortuna, senza incorrere nella cessione dei beni; del mezzo soldo pei piccoli debiti se il debitore paga la metà del suo salario: inoltre vi era il *beneficium moratoriae*, *guidatici*, ecc., e l'indulto generale. I vecchi a 70 anni non potevansi carcerare. I debitori di piccole somme erano scarcerati per Natale e Pasqua; non potevansi carcerare nei dì festivi; tutti godevano d'inviolabilità di domicilio (*refugium domus*). Beneficii speciali di tal natura concedevansi inoltre a quelli che esercitavano certe industrie o si recavano a coltivar certe terre lontane.

CAPO XXXIX.

GARANZIE PER L'ADEMPIMENTO DELLE OBBLIGAZIONI.

265. Il medio evo ereditò dal diritto romano i mezzi per assicurare l'adempimento delle obbligazioni, e altri ne aggiunse di origine germanica e canonica. Uno dei mezzi più comuni adoperati dai Germani fu quello delle clausole penali che copiarono dai pratici romani (1). Non vi era contratto in cui non si inserisse una clausola penale che ne garantisse l'esecuzione. Si stipulava una pena se uno dei contraenti o gli eredi contestassero la validità dell'atto o del contratto, oppure ritardassero il pagamento. Ora questa pena era il doppio o triplo della somma convenuta,

(1) Bluhme, *Bekraftigunsformeln der Rechtsgeschäfte vom VI-IX Jahr.* nei *Jahrb. f. gem. deut. R.*, III, 1859, 197-226; Loening, *Ursprung und rechtl. Bedeutung der den altdeut. Urk. enthaltenen Strafclauseln*, 1875; Stobbe, o. c., I-III; Loening e Sickel, cit. § 248.

ora era prestabilita dalle parti in altra cifra, ora si lasciava al giudice il fissarla: generalmente andava tutta a profitto della parte; ma qualche volta vi si associava il fisco per meglio assicurarne il pagamento. La Chiesa aggiunse ai documenti che la riguardavano, la minaccia di terribili pene spirituali ed eterne e le censure ecclesiastiche. Usato era molto anche il giuramento per garanzia delle obbligazioni. Furono veramente i Germani quelli che abituarono le società cristiane del medio evo a confermare col giuramento i patti contrattuali e diedero di ciò l'esempio al diritto canonico (§ 261). La loro *fides facta* aveva per parte essenziale il giuramento. Poichè terribili ed altrettanto efficaci erano nel medio evo le pene spirituali contro gli spergiuri, così solida guarentigia aveva una carta rafforzata dal giuramento e il debitore ben si sarebbe guardato di divenir spergiuro. Ma se le leggi imperiali e alcuni statuti riconobbero al giuramento tanta efficacia, altri statuti non fecero distinzione fra obbligazioni giurate e non giurate, altri non elevarono a reato di spergiuro la violazione di un contratto giurato (Alfonso I in Sicilia), e anzi altri vietarono di far confermare i patti col giuramento (Costit. piemont. 1770). Le legislazioni moderne non conoscono il giuramento promissorio.

Nel medio evo si introdusse un altro costume a questo proposito, e fu quello di impegnare la propria parola d'onore. I nobili o facevano giurare altri in loro vece, oppure dando semplicemente la mano o un bacio, non ritenendo conveniente discendere fino a giurare, impegnavano la loro fede, dichiarandosi infami e felloni se fosservi venuti meno.

Di origine germanica fu pure il cosidetto ostaggio convenzionale (1) ossia la promessa di dare sè e i suoi parenti nelle mani del creditore se, alla scadenza, il credito non fosse stato soddisfatto e di restarvi come pegno fino al completo soddisfacimento, mantenendovisi a proprie spese, sottoponendosi a carcere, a ceppi, ecc. Non la vietarono i papi nel sec. XII e anzi l'accolsero nelle Decretali (c. 9, 2. 24): e solo andò scomparendo nel sec. XIV e XV, pei liberi, ma restò ancora ai debitori la facoltà di dare in ostaggio i loro servi veri o i servi della gleba dove esistevano ancora (Wach; Briegleb). Questo mezzo di garanzia ebbe la stessa evoluzione del pignoramento privato, ossia come questo si convertì negli atti di esecuzione pubblica, così all'ostaggio convenzionale nelle mani del creditore successe l'ostaggio nelle carceri pubbliche, vale a dire la convenzione di consegnarsi all'autorità politica in caso di inadempimento dell'obbligazione. Dal che derivò poi l'arresto personale. Le

(1) Le Fort, *L'otage conventionnel. Revue de legisl.*, 1874, p. 408; Friedlaender, *Das Einlager*, 1868.

prime forme dell'ostaggio convenzionale trovansi nell'uso germanico di dare la propria persona *loco vadii*, cioè in volontaria servitù (come il *nexus* rom.). L'ostaggio fu frequente nell'Italia meridionale (1).

266 (Fideiussione (*)). Molto usata fu nel diritto germanico la fideiussione quale mezzo per dar maggior forza a un contratto. Dalle forme usate per costituirla originano gli elementi che caratterizzano i contratti formali germanici; ossia furono le solennità delle fideiussioni quelle che si applicarono alla costituzione dei contratti formali.

L'antico diritto germanico conosceva solo mallevadori od ostaggi che si davano come pegno (*wadium*) al creditore e in caso di mancato pagamento cadevano in servitù (Heusler, Amira, Kohler, *Shakesp.*). La costituzione di essi compivasi con riti speciali (Schroeder). Ma al tempo delle Leggi i mallevadori non entravano più sotto il mundio del creditore, non erano più considerati come pegni; e formali divennero i mezzi con cui obbligavansi, e questi consistevano in ciò: il debitore gettava in seno al creditore una *festuca* o come dicevano i Longobardi la *wadia* (Val De Lievre), e questi la restituiva ai fideiussori che l'accettavano. La consegna della *wadia* da parte del debitore conteneva la promessa di dare un fideiussore e non di fare un obbligazione principale e distinta. Da questa *wadia* che si dava e si riceveva derivarono le solennità caratteristiche dei contratti formali; ciò che era proprio della fideiussione. cioè la *festuca* o *wadia* che era il simbolo della mallevaria, divenne mezzo per creare contratti indipendentemente da essa (Heusler, Brunner, Sohm, Val De Lievre, ecc.). Pel modo con cui originava, per la natura formalista del contratto si comprende che nell'antico diritto il fideiussore fosse riguardato come un secondo debitore, egli era stato l'ultimo a trovarsi col creditore e quindi figurava quale debitore immediato (Sohm), e a lui indifferentemente si poteva rivolgere il creditore, come era nell'antico diritto romano. Ma poi nelle Leggi la sua responsabilità non fu che sussidiaria, quando cioè il debitore non pagava ed era in mora; così il diritto longob. e burgundio dicono che non potrà il creditore interpellare il fideiussore se non avrà prima per tre volte richiesto il pagamento al debitore. Però per agire non richiedevasi che fosse provata l'insolvibilità del debitore principale (2). Il mallevadore

(*) **Bibliografia.** — Platner, *Die Burgschaft*, 1857; Müller, *Zeits. f. deut. R.*, I, 1839, 321-351; Paulsen, *id.*, IV, 124-147; Delbrück, *id.*, XV, 125-147; Esmein, *Nouv. Revue hist.*, 1882, 46; Amira, *Nordgerm. Obligat.*, 190-249; Stobbe, *Zur Gesch.*, ecc., 115-206; Pertile, IV, 477 segg.; Val de Lievre, 202-226; Sohm, *Procédure de la loi Salique*, 146; *Recht. d. Eheschlies.*, 38-42; Schroeder, Manso, *De fideiussorib.*, 1773.

(1) Brunner, *Z. f. H.R.*, XXII, 102, 513; Val de Lievre, 186, 244; Sohm, 41.

(2) Nani, *Studi d. dir. longob.*, 1878, II, p. 89 segg.; Wach, *Arrestproc.*, 13.

alla sua volta poteva pignorare il debitore, e se nulla aveva, poteva consegnarlo al creditore; così egli era un intermediario per arrivare alla persona del debitore o alla sua sostanza. La sua responsabilità non si estendeva che alla sorte, per la quale soltanto si era obbligato, non ai frutti; per la sorte era tenuto completamente e contro lui si esercitavano tutti i diritti competenti contro il debitore principale. Se moriva, gli eredi di nulla dovevan rispondere (Platner, Lewis, Stobbe, cit. § 246), poichè come nel diritto romano la fideiussione era considerata come un buon ufficio, un atto di fiducia che non si trasmette. Il nome di *wadia*, *wadiare*, *guadia*, *gaggio* per indicare la fideiussione restò in Italia fino al sec. XVI, e con esso restarono in certe leggi anche alcuni dei caratteri della fideiussione germanica, come la solidarietà fra debitore e fideiussore, così che il creditore potevasi rivolgere a quest'ultimo piuttosto che al debitore principale (anche nelle Costituzioni modenesi, 1771). Però la maggior parte delle leggi regolarono questa materia colle norme romane del *beneficium ordinis excussionis*, *ben. divisionis*, e *ben. cedendarum actionum*. Trovasi ancora in certe leggi concesso al fideiussore un pegno legale sui beni del debitore. Infine di origine romana è la disposizione che trovasi in molti statuti e nei Codici moderni che il fideiussore anche prima di aver pagato può agire contro il debitore per essere da lui rimborsato. Le leggi moderne riproducono quasi interamente le disposizioni romane, anche in materia di fideiussione giudiziale, istituto che ebbe però presso i Germani impiego maggiore (Val De Lievre) che presso i Romani. La giudiziale doveva riceversi dai magistrati (Mastridatti a Napoli, Pramm., 1603, 1608), i quali come in diritto romano erano responsabili se i fideiussori non pagavano.

267 (Diritti reali di garanzia. Pegno e ipoteca (*)). Altro modo per assicurare le obbligazioni era la costituzione di pegno, molto usata presso i Germani e nel medio evo. Però nell'antico diritto di quei popoli manca un concetto proprio e nitido del diritto di pegno, e pegno dicevasi tuttociò che a qualsiasi titolo era passato dal possesso di alcuno a quello di un altro sia per provvedimento giudiziario (pignorare, § 264), sia volontariamente, sia per esecuzione privata forzosa. Quindi la stessa parola comprendeva il pegno, il pignoramento e il diritto di farsi giustizia da sè. Ciò dipende dalle molteplici fasi che tale istituto ha attraversato presso

(*) **Bibliografia.** — Madai, *Die Satzung des altern deut. Rechts. Z. f. d. R.*, VIII, 281-325; Foerster, *id.*, IX, 101-145; Budde, *id.*, IX, 411-439; Franken, *Französ. Pfrandrecht im Mittelalter*, 1879; Meibom, *Deut. Pfandr.*, 1867, 243-458; Kohler, *Pfandrechtl. Forsch.*, 1882; Weber, *Deutsche Hypotekenrecht*, 1887, 39-47, 69-91; Heusler, II, § 101-105; Sohm, *Gesch. u. Natur des modernen Hypothek. Zeit. f. priv. R.* di Grünhut, V, 1878; Stobbe, IV, 106-108; *Zur Gesch. d. Verträge*, 207-304; Schroeder, p. 261-676; Del Giudice, *Tracce*, *Studii* cit., § 34, pag. 449 segg.; Pertile, IV, § 154; Carabelli, *Diritto ipotec.*, I, 1856, p. 26 segg.; Bosellini, *Leggi ipotec.*; Chiesi, Giovanardi, Sabatini (per la Toscana, 1837), Cannada-Bartoli, *Sist. ipot. it.*, 1879; Pochintesta, 1880.

i Germani, da quando fu parte di quel mezzo che ognuno poteva adoperare per ottenere il soddisfacimento dei propri crediti, al suo punto di arrivo di semplice garanzia del credito. A questo punto si arrestò il diritto germanico e specialmente il longobardo, pel quale il pegno non fu mai ritenuto mezzo di pagamento concesso al creditore sulla cosa, cosicchè il debitore che non pagava a tempo perdeva il pegno, ma questo non si convertiva in vero pagamento e al creditore restava intatto sempre il diritto di far condannare il suo debitore giudizialmente, perchè l'obbligazione non era estinta. Con tutto ciò il diritto di pegno germanico non stava agli antipodi del romano, ma anzi derivava dalla stessa origine, e soltanto pel diverso sviluppo se ne distingueva. Fu per tale comunione di origine che in Italia esso assunse nomi romani (*oppignorare*, *infiduciare*, *fiducia*, *fiduciæ nexus*) ed anzi finì per fondersi nella stessa *fiducia* romana, perchè gli elementi essenziali del diritto germanico di pegno portavano alle stesse conseguenze giuridiche del pegno d'uso dei Romani (Kohler).

Pare dai documenti del v e vi secolo che in Italia si sia mantenuta in uso l'antica *fiducia* romana e che l'*hypotheca* non si sia diffusa e sia rimasta propria degli Orientali (Kohler). La *fiducia* si incontrò in Italia col pegno germanico e si confuse con questo mantenendo però il suo nome romano. Lo stesso diritto longobardo nel suo ultimo sviluppo non conobbe ipoteca generale e speciale (come vogliono Pertile e altri: vedi Del Giudice); in esso la costituzione di pegno avveniva colle forme di alienazione della proprietà della cosa al creditore; quindi il debitore rilasciava al creditore un atto di vendita condizionata delle cose con cui volevasi costituita la sicurtà, e il creditore prometteva restituire questo atto, una volta ricevuto il pagamento. Se questo non avveniva, allora egli agiva a titolo di proprietario e non per un *ius in re aliena*. Ciò ricorda appunto la *fiducia* romana.

Ai tempi più antichi i Germani non conobbero che il pegno su cose mobili, su servi ed animali, dei quali trasferivasi il possesso al creditore. Pel contatto coi Romani e in seguito ai mutamenti avvenuti nella proprietà fondiaria, appresero ed usarono il pegno di immobili che parimenti trasferivansi al creditore, restando al debitore la *nuda proprietas* e un diritto di riscattarli. Così costituito il pegno, esso poteva essere pegno d'uso (di tutto e di parte del fondo) cioè diritto analogo a quello di locazione o di precario, in conseguenza del quale il creditore poteva usare del fondo sino all'estinzione del debito; oppure pegno di ammortizzazione quando convenivasi che il debito fosse sanato coi frutti del fondo, oppure pegno di interessi quando il creditore percepiva i frutti *loco usurarum* fino all'estinzione del debito, infine pegno di proprietà quando questa doveva servire di garanzia al creditore. La mora del debitore rendeva il pegno proprietà del creditore, ma doveva procedere una convenzione e trattandosi di un'alienazione condizionata volevasi l'assenso dei prossimi parenti ed eredi (v. § 225). Il pegno era poi l'accessorio

dell'obbligazione (Sohm, Kohler), e non diritto a sè stante (Meibom, Franken); e questa dipendenza è provata dal fatto che esso seguiva chi aveva la carta su cui si incorporava il credito e che il debitore che pagava chi presentavagli la carta, aveva il diritto di ritirare da questo il pegno. Così d'altra parte se il debitore non pagava, egli era solo vincolato col pegno limitatamente e non oltre, su altre sostanze se il pegno non fosse bastato (Kohler).

Il pegno era costituito con forme solenni, davanti ai tribunali e a testimoni; si usavano le forme della *traditio* come nelle alienazioni; il debitore trasmetteva al creditore il pegno colla formale consegna della *wadia* o *festuca*, il qual rito determinò poi l'origine e le particolarità dei contratti formali (Franken, Schroeder, Heusler), nei quali la *wadia* o *festuca* simboleggiava un pegno fittizio senza base reale e dava poi al creditore il diritto di pignoramento privato. Va da sè che alla *traditio* non seguisse l'investitura (v. § 233). Il debitore trasmetteva al creditore il fondo col patto che. estinto il debito, a lui sarebbe ritornato, e a tal fine usavasi in Italia consegnare una carta di alienazione condizionata oppure anche incondizionata, nel qual caso il creditore rilasciava al debitore una riversale di pegno in cui obbligavasi restituire la prima carta e con essa il pegno, estinto il debito. Non erano però vendite con patto di ricupero come potrebbero far credere i termini delle carte così concepite: non pagandosi il debito, la carta di pegno valeva come istrumento di vendita; e in questa stretta connessione fra il pegno e il patto commissorio sta uno degli elementi che più differisce il diritto germanico di pegno dal romano.

Nell'Italia meridionale dicevasi *assistenza*, quando convenuta l'ipoteca col patto del precario, coll'autorità del giudice, il creditore era mantenuto in possesso della cosa ad esso ipotecata.

268. In seguito sorse un nuovo diritto di pegno, diverso per carattere e funzione. Con esso anche il possesso del fondo restava al debitore. Controversa è la sua origine, ma alla sua formazione non fu estraneo il valore che ebbe nel dir. longob. la *traditio cartæ* per la trasmissione della proprietà (§ 233), il che permise alla costituzione del pegno movimenti più liberi. Diveniva possibile farla colla semplice carta che chi dava il pegno rimetteva al creditore, colla clausola che essa avrebbe avuto eventualmente valore di istrumento di vendita. Intanto il possesso restava al debitore. Quest'era un'ipoteca privata (Brunner, *Z. f. H.R.*, XXII) che non trasformossi in pubblica che molto tardi. Nel frattempo questo nuovo diritto di pegno andò perfezionandosi; il diritto canonico lo favorì perchè non nascondeva usure come il precedente; il risorto diritto romano diffuse il principio (esecrabile secondo i canonisti) della *lex commissoria* secondo cui il pegno deve essere venduto se il debito non è pagato; poi i Comuni ordinarono che i pegni fossero costituiti davanti ai tribunali e iscritti nei registri. Eppure l'ipoteca legale adoperavasi in molti casi nei quali per dir. rom.

si aveva solo un privilegio personale, come contro i tutori, curatori, amministratori, sindaci, ecc.; l'aveva il fisco in Piemonte sui beni anche fidecommissarii del tesoriere, dei ministri, il venditore sui beni venduti in cauzione del prezzo (Richeri), la moglie sui beni del marito per la sua dote, il mutuante per la compra di una casa sulla casa stessa (a Napoli). Egualmente estesissima era l'ipoteca giudiziaria per crediti fondati su scritture private e per ogni contratto. Così l'ipoteca era come il fedecommesso, la manomorta, uno dei grandi impedimenti al credito e alla proprietà immobiliare. Per sciogliere i quali furono a Milano istituiti nel 1369 da Barnabò Visconti i giudizi delle gride, coi quali il compratore di un fondo per liberarsi dalle ipoteche accese doveva notificare il contratto a suon di tromba e per editto nel luogo dove era situato l'immobile e depositarne il prezzo. I creditori avevano sei mesi per comparire, offrire un prezzo maggiore ed insinuare in un processo sommario le loro ragioni onde essere soddisfatti; quelli che non comparivano, perdevano ogni diritto sul fondo venduto. Tale giudizio si estese in tutta Italia (Negusantio); ma esso in fondo riesciva a distruggere l'ipoteca, la quale, nel suo senso puro, cioè romano, si salvò solo a Venezia e in parte anche in Sardegna (Manno), dove si presero provvedimenti (Venezia, 1288) per assicurare la pubblicità per mezzo di pubblici registri (i tentativi fatti negli altri Stati, Napoli, 1536, 1589; Sicilia, 1604, non ebbero seguito). La vera pubblicità si ottenne solo nel sec. XVIII (Napoli, 1786) e in virtù del Cod. francese, che con vera arditezza rese l'ipoteca capace di tutta l'utilità sociale cui era destinata, e mobilizzò la proprietà rispettando la natura di questa e del capitale, rendendo cioè l'ipoteca pubblica e speciale e facendo il credito risultante dall'ipoteca suscettivo di libera circolazione. Poi dalla Germania dove si era da lunga pezza accolto il sistema tavolare o dei libri ipotecarii (noti, pare, anche a Venezia), vennero al principio di questo secolo altri miglioramenti in proposito.

Il Codice delle Due Sicilie, e il parmense seguirono la legislazione francese. La dottrina de' diritti reali manca in essi e manca la pubblicità dei dominii e delle sue limitazioni nell'interesse delle ipoteche. Il parmense però segna un progresso per avere adottato il principio della trascrizione nei registri pubblici. Pio VII, 1816, fece una riforma ipotecaria basata sulla pubblicità e altre riforme compì Gregorio XVI, 1834. In Toscana nel 1836 si introdussero i registri censuarii. Negli Stati Sardi si abolì il sistema francese, ritornando alle ipoteche occulte romane, ma nel 1822 lo si ristabilì con molte modificazioni. Il Codice sardo poco approfittò dell'austriaco, il migliore di tutti in materia ipotecaria, e si attenne in ciò più al francese, non prendendo cura della pubblicità dei dominii necessaria all'interesse ipotecario, sottomettendo all'iscrizione

ogni specie di ipoteca e i privilegi relativi agli immobili, ecc. Eccellente fu giudicato il Codice estense che combinò la legge austriaca colla francese. Fino al Codice vigente, fatta eccezione del lombardo-veneto, predominò in Italia il sistema francese. Il tavolare austriaco non vi ebbe prospera fortuna, ma la sua presenza fra noi, nel Lombardo-veneto, determinò quel parziale progresso alla pubblicità e specialità (di rigore nell'estense) de' dominii e quindi dell'ipoteca. Grandi divergenze vi erano nei passati Codici intorno all' ipoteca legale, che alcuni non avevano affatto, altri riconoscevano ma per pochi casi.

CAPO XL.

I PRINCIPALI CONTRATTI.

269 (La vendita (*)). I soli contratti che conobbe il mondo germanico, furono gli onerosi; e primo anzitutto la compra-vendita. L'antica vendita era un cambio: e ricorda quella primitiva del diritto romano per *mancipatio*. Era contratto reale, cosicchè per legare le parti richiedevasi la tradizione della cosa o il pagamento del prezzo o di parte di esso, o la consegna di arre o qualsiasi altra prestazione accessoria. Verso i terzi e per gli immobili esisteva solo dacchè la carta di vendita, firmata da testimonii, era stata trasmessa al compratore solennemente e pubblicamente, come davanti ai tribunali (§ 233). — Le arre poi per la natura reale del contratto, ebbero grande importanza e non furono, come nel diritto romano, segno esteriore, elemento non costitutivo di obbligazione. Presso i Germani furono invece il mezzo di rendere obbligatoria la convenzione, rappresentarono il vero prezzo. L'accettazione dell'arra obbligava il venditore, come avrebbe fatto l'accettazione del prezzo. Quel prezzo figurato (Sohm, Stobbe), vincolava le parti fra loro. La sostituzione dell'arra al prezzo offriva il vantaggio di far scomparire i rischi del compratore senza modificare il carattere del contratto di vendita, che restava sempre reale. L'arra poi, da *confirmatoria* quale era in origine, divenne in seguito *poenitentialis*, ed era come una pena convenzionale, consistente nella perdita delle arre nel caso che non si compisse il contratto. In generale le arre non si computavano nel prezzo. La vendita era poi perfetta, quando una delle parti avesse eseguita l'obbligazione. I Longobardi copiarono dal diritto romano il principio

(*) **Bibliografia.** — Bechmann, *Kauf*, II, 1, 1884; Lattes, *Studii*, 138; Pertile, § 156. Sulle arre Sohm, *Eheschl.*, 28, 42; Stobbe, *Reurecht*; Heusler, § 127; Val de Lievre, *Wadia*, 59-66, 93-95, 188-296; Jagemann, *Die Daraufgabe* (*Arrha*), 1873, p. 17, 78, 81.

che la proprietà si acquisti dopo il pagamento o la promessa di pagare (1). Il venditore poi doveva garentire l'evizione, dando fideiussori e per gli immobili doveva assicurare il possesso di un anno e un giorno. Conoscevasi lo scioglimento per *læsio enormis*. Nel sec. XI si era già introdotta l'usanza di procedere alle vendite innanzi al giudice (Abignente, *Consuet. di Salerno*).

Anche la legislazione statutaria non ritenne sempre la vendita contratto consensuale semplicemente, ma spesso a renderla perfetta richiese formalità, come la dazione delle arre, l'immissione in possesso, la tradizione reale o simbolica, per mezzo dell'apposizione dei sigilli del compratore sulla merce, ecc., ed inoltre il pagamento del prezzo, conforme al diritto romano (principio invece che logicamente è stato abbandonato dalle moderne legislazioni, salvo il caso dell'art. 1512, Cod. civile). A Napoli alle vendite di cose immobili volevasi l'arra o la tradizione. — Le vendite a credito erano vietate dalle leggi e dal diritto canonico, come sospette di usura, oppure assoggettavansi a molte formalità. In qualche luogo trovasi la tradizione giudiziaria, come forma di cessione nella vendita, ma fu ignota in Sicilia, dove invece le vendite erano fatte per atto notarile presentato alla curia e firmato dalle parti, dal notaio e dallo stratigota. Quivi usavasi una fraudolenta cautela, per le compre di cose di sospetta provenienza, cioè protestavasi di comprarle a nome del vero padrone, onde poi questi non poteva vendicarle senza pagarne il prezzo al possessore. Questa cautela poi fu vietata; e allora ordinossi esporre davanti le botteghe le robe comprate, pena 10 anni di galera, non comprare bestiami da stranieri, ecc.

Le maggiori disposizioni delle leggi passate in materia di vendita o riguardano le *res furtivae* oppure sono di ordine economico ed emanate dagli ufficiali di grascia; riguardano il massimo e il minimo dei prezzi, le mete, i pesi e le misure, ecc.; prammatiche sicule vietavano comprar frumento per rivenderlo, fare i prezzi fuori del mercato, conservare il grano, comprarlo in erba; pel resto dominava il diritto romano. Innovazioni furono tentate come in Toscana (1773), per es., colla vendita a buoni patti in materia di redibitoria, limitando il numero dei vizii che valgono a rompere i contratti; ma le maggiori furono introdotte dal Codice francese e dai Codici italiani da lui derivati. Esse discendono in gran parte dalla pratica francese, dalle dottrine di Pothier, di Domat e di Molineo (riguardo ai danni per l'evizione) e anche dalle consuetudini nostre. Tuttavia sempre dal diritto romano deriva il carattere consensuale del contratto.

---

(1) Brunner, *Zur R.G. d. Urkunden*, 133; Kohler, *Beiträge zur german. Privatrechtsgesch.*, 1883, I, p. 3.

270 (Donazione (*)). Caratteristico è nella donazione germanica, il fatto che non è gratuita. I Germani non conobbero che contratti onerosi o di permuta, e quindi anche la donazione si nascose sotto le vesti di essi, il che dipende dalla povertà in cui quei popoli si trovavano ai primi tempi. Il donatario doveva al donante una controprestazione fittizia (*launegild*, *meritum*, guiderdone, *benedictio*, *charitas*, *laudemium*), consistente in camicie, vesti, guanti, armi, ecc. Il *launegild* era come l'arra nella vendita, anzi, era l'arra, che dalla vendita si estese ad altri contratti, e indicava il danaro in corrispettivo. Poi divenne prezzo simbolico, dato invece del reale, ed anche come simbolo aveva importanza, perchè assimilava la donazione a una vendita, mettendo il donatario al coperto di qualunque rischio, obbligando il donante a rispondere per l'evizione e vietandogli riprendere la cosa donata (Schupfer). La donazione aveva così l'aspetto di una vendita fittizia; il *launegild* era un *essenziale negotii*. Vere donazioni i Germani antichi non conoscevano; poi le ebbero, in seguito delle mutate condizioni economiche, gratuite, e allora anche il launegildo che trovasi nella Italia meridionale, anche nel sec. XIII, perdette il suo significato. — La donazione divenne al tempo degli Statuti, per l'azione del diritto romano, contratto consensuale, e i glossatori non ritenevano necessaria la tradizione, però e la pratica e la scienza ritennero che se col semplice constituto cominciava la donazione, era necessaria la tradizione vera o finta a trasferire il dominio; anzi, da altri volevasi l'attuale e corporale tradizione dell'oggetto: e così usavasi nel Napoletano: — principio che è respinto dal diritto moderno che riguarda la donazione accettata come perfetta fra le parti, indipendentemente dalla tradizione. Si voleva poi, come nel diritto romano e germanico, che fosse pubblica, si prescriveva la denunzia alle autorità, l'insinuazione dell'atto ai registri municipali (formalità in uso pria della venuta dei Longobardi, e che nei paesi a essi non soggetti si era trasformata nella presentazione dell'atto ai funzionarii competenti pei *gesta*, che la firmavano come soscrittori privilegiati, Brunner, *R. G. d. Urk.*, e che poi i giuristi diffusero in tutta Italia), e spesso l'intervento del magistrato, che inquisiva sulla libera volontà del donante, e bandi, affissi, ecc. Poi nel sec. XVII, si ritenne potere il giuramento supplire a queste solen-

(*) **Bibliografia.** — Schupfer. *Donaz. tra vivi nella storia del dir. it. Ann. della giurispr. ital.*, V, 1871; *Arch. giurid.*, XXXI, 1885, p. 507; Pappenheim, *Launegild u. Garethinx*, 1882, 1-27; Val de Lievre, *Launegild u. Wadia*, 1877; *Z. f. R.G.*, XVII, 1883, 15-54; Pertile, § 158; Bressoles, *Théorie et pratique des dons manuels*, 1885, 16-79; Desjardins, *Recherches sur l'origine de la règle; donner et retenir ne vaut*, 1868.

nità e specie alla insinuazione, che scomparve, balzata di seggio dalla scrittura, ormai ultrapotente come mezzo probatorio (Schupfer).

Si ritenne poi che il minore non potesse donare, perchè godendo il benefizio della *restitutio in integrum*, le sue liberalità erano illusorie, purchè non le validasse con giuramento. Vietate erano le donazioni fra coniugi, dal padre al figlio (salvo le causative e rimunerative per meriti provati e le giurate). L'accettazione era necessaria.

Anche la nostra antica giurisprudenza considerò la donazione quale contratto innominato, e come aveva fatto il diritto romano, sebbene Cuiaccio e Fabro avessero opinato diversamente; e fu solo per un'osservazione di Napoleone I, che il Cod. francese, e dopo esso gli Italiani dissero la donazione un atto, rompendo così accidentalmente la tradizione delle scuole nostrane e straniere.

271 (Mutuo e disposizioni sull'usura (*)). Il contratto di mutuo era presso i Germani costituito per scrittura (*cautio*), e annullato coll'*epistola evacuatoria*. Se la scrittura andava perduta potevasi ottenere dal re, dopo la dichiarazione di testi, una seconda scrittura (apennis), che valeva come la prima (1). La *cautio* provava e perfezionava il negozio, ed era, come i documenti del diritto nuovo romano, redatta in forma soggettiva dal mutuatario e da lui firmata. Anticamente il mutuo era gratuito, o invece degli interessi davansi certe prestazioni dal debitore. Poi per influenza del diritto romano si ammisero gli interessi (come presso i Longobardi e i Visigoti, il 12 0[0), e per influenza dei canoni li vietarono i Capitolari. La *mora* dava luogo al pagamento delle pene convenzionali e di legali (2); ma in diritto longobardo, il debitore poteva per due volte chiedere dilazioni, cosicchè, un credito fatto per 5 anni, solo dopo 35 era esigibile (Cfr. § 264 *bis*).

Nel medio evo e per tutta la legislazione italiana, la storia del

(*) **Bibliografia.** — Muratori, diss. 16; Maffei, *Impiego del denaro*, 1744; Mastrofini, *Le usure*, 1835; Fabrizi, *Usure del Friuli nel sec. XIV*, 1774; Gennari, *Usure degli antichi Padovani*, 1846; Funk, *Gesch. der kirchl. Zinsverbotes*, 1876; Amiet, *Französ. u. Lombard. Wucherer des M.A.*, 1877; Pelisse, *Prèt à intérêt et son hist.*, 1877; Richard, *Hist. et législ. du prèt*, 1880; Neumann, *Gesch. d. Wuchers in Deutschl.*, 1865; Endemann, *Die nationaloekon. Grundsätze der canon. Lehre*, 1865; *Studien in der Romanisch-Kanon. Wirthschaft. u. Rechtslehre*, 1874, I, 9-70; Nani, *La teoria dell'* id quod interest *sotto l'infl. d. legisl. e dottrina canon. Arch. giurid.*, XVI, 207-237; Lionti, *Le usure e gli Ebrei. Arch. sicil.*, 1883; Cibrario, II; Troplong, *Prestito*, pref.; Lattes, 147 segg.; Pertile, § 159; Lamantia, I, 169, II, 150.

(1) Zeumer, *Z. f. R.G.*, XIV, 89 segg.

(2) Platner, *Histor. Entwick. d. Systems des deut. R.*, II, 1854, § 4, 12.

mutuo non offre interesse che pei divieti canonici sull'usura e su qualunque forma di interessi, divieti che non ebbero complete applicazioni nelle classi commercianti, ma che spinsero queste a cercare espedienti per rendere i mutui e gli altri contratti produttivi di interessi, stimolarono i giureconsulti ad architettare dottrine per giustificare la produttività di frutti nel mutuo, e furono infine causa indiretta per l'origine di alcuni importanti istituti commerciali.

Il principio evangelico « *date mutuum, nihil inde sperantes* », caduto in mezzo a una società, in cui l'interesse legale era fissato al 12 0[0, non tardò ad essere applicato in tutto il suo rigore. Nelle primitive comunità cristiane, il divieto di prestare a interesse, si applicava solo ai chierici, ma poco dopo i Padri della Chiesa l'estesero a tutti i fedeli e sostenevano che il denaro era improduttivo, che l'interesse era contrario alla natura delle cose e alla carità, fulminarono di scomuniche chi cercava nei prestiti impuri e ingiusti guadagni, privandolo di sepoltura, escludendolo dalla comunione, colpendolo di infamia. Questi divieti canonici che rispondevano alle miserrime condizioni delle Società uscite dalle invasioni e allo spirito di fratellanza cristiana, ebbero presto sanzione civile dai legislatori franchi, e più tardi da Federico II, che condannò gli usurai alla confisca dei beni e dai Comuni. Le condizioni economiche del medio evo erano tali che nessun interesse era sostenibile: il credito non era in alcun modo organizzato e non esisteva; scarsissimo il numerario (1), cosicchè correvano interessi enormi, il 20, il 30 e più (a Modena, 1270, per la mora, la legge stabilì il 20 0[0, a Verona, 1228, il 12, a Firenze, 1343, il 30, ad Aquileia e nel Friulì nel 1341, fra il 32 e il 65, a Moncalieri, sec. XIV, il 40, a Milano, 1466, il 25, ecc.): non banche; e d'altra parte i mezzi di garanzia insufficienti, le procedure esecutive difficili, cosicchè pochi avevano a prestare o volevano, e quelli che potevano, correvano tali rischi che li volevano compensare da ampi interessi. Mutuare in quelle condizioni era impresa ardua, oculata, paziente; e se l'assunsero gli Ebrei, che per l'ostracismo loro dato nell'esercizio delle altre professioni e per una pratica tradizionale divenuta naturale nelle operazioni nummarie e di prestito, vi erano preparati. Essi divennero i prestatori di tutto l'occidente nel medio evo; e la Chiesa e i legislatori permisero loro l'esercizio delle usure, dove illimitate, dove no (fino al 10 0[0 in Sicilia); la Chiesa lo permise, perchè questo peccato nulla aggiunge alla loro irrimediabile perdizione, e anzi a stigma di loro infamia li condannava di preferenza a praticare l'usura (Conc. Later., 1215): i legislatori parimenti autorizzarono gli Ebrei all'usura, forse perchè riconoscevano la necessità che vi fosse pur qualcuno che desse a prestito, e preferirono per la stessa ragione gli Ebrei, anche perchè non avendo che una posizione precaria nello Stato o nella città, potevansi sempre cacciare, liberando i debitori dai loro debiti.

La maggior parte degli Statuti specie i mercantili, tace sull'interesse od usura nei mutui: si lasciava questa materia o sotto le sanzioni del

(1) Salvioli, *Diritto monet.*, pag. 106.

diritto canonico, che pretendeva deferire ai tribunali ecclesiastici tutti i contratti usurari o infetti di usura e le cause a questi contratti attinenti — il che dava amplissima, sconfinata competenza a questi tribunali — oppure li abbandonavano alla coscienza o all'abilità delle parti nel saper mascherare le usure e sfuggire alle censure canoniche. Ovunque mettevasi il braccio secolare a servizio dell'ecclesiastico, ma in non pochi luoghi espressamente le leggi civili vietavano le usure, e dichiaravano inefficace il contratto a cui si riferivano, di guisa che il mutuante non potesse più ripetere il danaro (Venezia, Trento; Pertile), o lo potesse ripetere solo per la metà. Qualche volta, forse per obbedire a imperiosi bisogni, provvedevasi ammettendo il mutuo feneraticio e stabilendo usure enormissime che rivelano le orribili condizioni del mercato monetario. Fu tutta una rivoluzione economica dipendente da cause molteplici quella che fece ribassare poi i tassi del denaro. Intanto la Chiesa persisteva a vietare le usure, e anche nel 1745, Benedetto XIV emanava una bolla che precisava che cosa fosse l'usura, quali casi permettessero l'interesse, mantenendo il concetto che nulla dal mutuo, in forza del mutuo, si possa esigere. Da parte loro poi teologi, canonisti e giureconsulti procedevano uniti per applicare inflessibilmente il principio dell'improduttività. I primi, conseguenti alle premesse, condannarono il commercio di speculazione (*negotiatio lucrativa*) che è usura, e ammisero solo quello nel quale vi fosse lavoro da parte del venditore (Endemann).

A cansare poi le pene canoniche, gli usurai e i commercianti appresero a mascherare e nascondere sotto mentite forme e finzioni legali i prestiti che consentivano e il traffico del denaro. Il mutuo fruttifero era vietato, ed essi immaginarono contratti con cui simulavansi società, finte e doppie vendite della stessa cosa, nelle quali il minor prezzo della rivendita rappresentava gli interessi, crearono il contratto di colonna o accomandita, usarono largamente l'anticresi (pur sospetta al diritto canonico), le vendite con patti di riscatto, le compre di annue rendite (§ 272) perpetue o vitalizie, forme di mutui non ripetibili. Erano vietate le vendite a credito, ma l'astuzia dei mercanti le nascose sotto forme di contratti quasi aleatorii spesso eccessivamente usurarii, detti stochi, stocoli, barocchi, retrangoli, scarocchi, rompicoli, civanze, baratti, coi quali pattuivasi la restituzione a un prezzo minimo delle merci vendute (Scaccia). Erano equivalenti alla *mohatra* dei gesuiti spagnuoli, ossia a una forma di vendita finta e doppia della stessa cosa, che celava prestito usurario. Spesso poi speravano evitare le pene canoniche mascherando l'interesse sotto i nomi di merito, guiderdone, dono di tempo, cambio, o pattuendo pene per la mora. Il mezzo più ovvio per ottenere il pagamento delle usure apparve essere nella cambiale, perchè il mutuante facevasi rilasciare dal mutuatario una cambiale per una somma superiore a quella realmente mutuata (dette *cambiali morte*, condannate e dichiarate inefficaci dagli Statuti). Un giurista del sec. XV, il Cepolla (*De simulatione contractuum*) svelò quali altri espedienti si adoperavano dai commercianti e dal pubblico per salvare gli interessi del denaro, senza incorrere nelle censure canoniche. Tutto il commercio nascondeva una lotta piena di stratagemmi per sfuggire a queste censure che avreb-

bero ucciso qualsiasi attività. E siccome i canonisti conoscevano questi stratagemmi, così tennero in diffidenza quasi tutti i contratti commerciali, la cambiale, l'assicurazione, il cambio marittimo, come infetti di peste usuraria, e si giunse fino a proscrivere dal commercio, l'uso di pagare un fido al venditore, un prezzo più alto di quello che si sarebbe dovuto pagare a pronti contanti. Si richiese l'oggettiva giustizia dei prezzi, la misura del giusto prezzo secondo il vero valore, la bontà dell'oggetto come base del valore; idee che portavano al divieto di *carius vendere*, alle mete, calmieri, tariffe, ecc.

A questi espedienti dei commercianti, fanno eco quelli inventati nelle scuole per eludere le disposizioni canoniche. Tale è la dottrina che vedeva nel mutuo non un prestito, ma un contratto di società, assieme a due altri contratti di assicurazione e di vendita, con diminuzione proporzionale dei frutti per ogni assicurazione (contratto trino); tra debitore e creditore si fingeva una società; — quegli garentiva a questo una parte certa di guadagni che veniva determinata anticipatamente, quasi su un calcolo di previsione, e nello stesso tempo il creditore vendeva al debitore l'altra parte dei supposti guadagni. Fu inventata nel sec. XIV, ridotta a sistema dal gesuita Diana, ma dannata da Sisto V. Altra giustificazione dell'interesse diede Paolo di Castro, proponendo la dottrina che nelle somministrazioni di denaro per certo tempo si possa chiedere compenso coi titoli di lucro cessante e danno emergente, quando veramente l'uno cessi e l'altro sopravvenga. Il creditore doveva provare, con prova generica (Ruino), con giuramento, che se avesse avuto quei denari mutuati, li avrebbe con vantaggio impiegati in terre, o censi, o industrie; motivo per cui un compenso diveniva legittimo. Era la dottrina formulata da Paolo di Castro (requisiti castrensi), molto discussa da giuristi e teologi, i quali l'ammettevano senza prova pei negozianti (Endemann), quando il debitore fosse in mora: e la Rota Romana, molto ossequente alle leggi contro l'usura, seguiva la teoria di Mohedano, intenta a impedire che l'usura si insinuasse per vie coperte, e secondo questa teoria volevasi che il creditore notificasse alla scadenza al debitore l'impiego che voleva fare del denaro, per poter riscuotere la sorte con interessi. In quanto poi al titolo dei pericoli, al ritardo e alla mora stabilita in un periodo, nel quale si sapeva che il debitore non avrebbe pagato, la scienza civile e canonica era tutto occhi, perchè sotto la bandiera del *lucrum* e del *damnum* non passasse la merce sospetta dell'usura. Quindi furono studiati tutti i modi per rendere difficile il costituire in mora il debitore e facilitargli di purgarsene *ex aequitate canonica*. Ma queste dottrine e questi espedienti che importavano lunghi procedimenti, non erano compatibili colle necessità pressanti del commercio. Onde nei fori mercantili non ebbero vigore, e all'equità canonica, si oppose l'equità che definisce le controversie *ex bono et aequo*, cioè prendendo per norma la *bona fides*, guardando piuttosto al fatto che alle sottigliezze scolastiche, alla verità, piuttostochè agli *apices iuris*, ferreamente imperanti nel diritto civile e canonico (Nani). Perciò si ammise maggior rigore contro il debitore, si volle la sua responsabilità pel danno emergente e il lucro cessante da dimostrarsi con prova generica

e semplice, e a Genova, in Piemonte e altrove, si introdusse l'idea di un interesse commerciale, legale, fisso.

I primi attacchi alla dottrina dell'usura furono fatti da Molineo, che apparvero ereticali anche a Scaccia, che nell'osservazione pratica del commercio ebbe tante vedute giuste e liberali. Duareno e Donello mantennero le idee romane sull'interesse. Non infrequenti furono gli sforzi di altri civilisti per respingere le dottrine canoniche. Nel sec. XVII una mezza vittoria ebbero i giuristi olandesi. Lutero (non però Calvino) non fu ostile al prestito a interesse; dal secolo XVII in avanti, gli economisti e i politici, come i giuristi, si staccarono dalla dottrina della Chiesa. Montesquieu e Pothier distinsero fra usura e profitto; Maffei e Mastrofini, nel sec. XVIII, giustificarono l'interesse e nelle legislazioni del secolo XVIII ammettevasi già un interesse legale. Però nel 1736 una Pramm. napoletana puniva gli usurai con 3 anni di galera, autorizzava procedersi *ex officio* e provarsi il delitto con due testi danneggiati o altri stimati idonei, purchè precedesse la mala fama del delitto; e anche nel 1756 vietossi l'usura del mutuo, salvo le usure per mora e le compensatorie le quali costituivano un vero interesse fissato al 4 p. 0|0. Successivamente si passò all'assoluta libertà del tasso, la quale però alcuni Stati credono prudente respingere (Del Giudice, ***Annuario di sc. giur.***).

272 (Vendite delle rendite fondiarie (*)). Questo contratto tanto frequente nel medio evo (v. § 229), perchè era un sostitutivo del prestito a interesse ed era permesso dalle leggi canoniche, consisteva nel cedere, dietro pagamento di una somma, il diritto di chiedere a epoche certe denaro o prodotti in natura garantiti sopra l'immobile. Tale contratto in antico si faceva coi modi con cui cedevasi la proprietà, poi per scrittura pubblica. Il compratore aveva un diritto reale e un diritto di preemzione: non diritti sulla persona del debitore. La vendita di sua natura era perpetua, ma potevasi pattuire sul riscatto. Perdette di importanza come fu permesso il prestito ad interesse.

273 (Contratti aleatori (**)). I. Il diritto romano e il germanico conoscevano contratti nei quali uno assicurava un altro per danni che gli potrebbero toccare: nel tempo carolingio trovansi associazioni, i cui membri reciprocamente si promettevano di garen-

---

(*) **Bibliografia.** — Albrecht, *Gewere*, 157-188; Stobbe, *Z. f. d. R.*, XIX, 1859, p. 178-217; Endemann, *Studien*, II, 103-157.

(**) **Bibliografia.** — Wilda, *Z. f. d. R.*, II, 1839, 133-193 (sul giuoco); *Id.*, VIII, 1843, 200-219; Schuster, *Das Spiel*, 1878; Zdekauer, *Arch. stor. ital.*, 1886; Salvioli, *L'assicurazione e il cambio marittimo nella storia del diritto italiano*, 1884; Bensa, *Il contratto di assicurazione nel m. e.*, 1884; Goldschmidt, *Zur Gesch. d. Seeversich.* negli *Abhand.* per Beseler, 1885; Bender, *Lotterie*, 1832, p. 221-282; Endemann, *Beitr. z. Gesch. der Lotterie*, 1882; Warschauer, *Die Zahlenlotterie in Preussen*, 1885, 1-13; Bossellini, *Contratto di vitalizio;* Stobbe, *Beiträge*, cit. § 198, p. 25 e segg.

tirsi dei danni per naufragio, incendio, ecc. (Gierke). Il contratto di assicurazione marittima sorse in Italia; nei primordi del s. XIV incontransi le prime traccie, e fin d'allora era consuetudine associare la sicurtà col noleggio, cosicchè i primi assicuratori furono i proprietari stessi. Ai canonisti parve contratto usurario, e sia per questo motivo, sia anche perchè era incerto e non aveva forme distinte, da principio si celò sotto le sembianze del cambio o per dir meglio del mutuo quale era allora il cambio marittimo, poi in seguito di cambio e vendita delle cose assicurate, e fornì materia di speculazione. Vi era un assicuratore che comprava le cose assicurate sotto la condizione risolutiva del salvo arrivo di esse, d'onde fu tratta primamente la teoria del ricupero (Bensa). Le principali clausole usate nelle polizze moderne erano già di stile nel sec. XIV, così riguardo ai termini e alle modalità del rischio, che alla baratteria, alle franchigie, ecc. Erasi ammessa la libertà nella scelta delle navi (*ass. in quovis*), e vieppiù l'assicurazione era stata rivolta a essere contratto di indennità. Tutto ciò pria che venissero leggi a regolarla, e in queste sono notevoli le disposizioni che vietano di invocare contro il contratto l'eccezione di usura traendo l'assicuratore ai tribunali ecclesiastici (Stat. Genova, 1369) dove il contratto sarebbe stato condannato. L'assicurazione marittima, lungamente applicata e molto studiata dai giuristi (Stracca, Scaccia, Rocco, Casaregis, Baldasseroni) fu incitamento a che questi dessero sistemazione scientifica ad altre parti del diritto marittimo, come il naufragio, l'innavigabilità, gli investimenti, l'incendio, il getto, le prede, la baratteria, l'abbandono, il ricupero, ecc. Al sec. XVII il contratto di assicurazione raggiunse colla dottrina dell'abbandono la perfezione a cui ora lo vediamo. Anche per gli altri istituti che ad esso si riferiscono furono dai nostri giuristi gettate le basi fondamentali delle dottrine su cui essi ora si assidono.

Sotto l'impulso della speculazione, la assicurazione si estese a tutti quei rami ove l'idea di un rischio fornivagli alimento. Si ebbero già nel sec. XV le assicurazioni per la vita, e quella delle donne partorienti, specialmente schiave. Poi un italiano, il Tonti, nel sec. XVII, formulò le prime tavole di probabilità e diede gli elementi, le leggi su cui si reggono le compagnie di assicurazioni. E giuristi (come il Rocco) ne fissarono i canoni di diritto.

II. Il cambio marittimo, così chiamato per la prima volta ad Ancona, molto usato nei porti italiani, aveva il suo punto di partenza nel *foenus nauticum*, ma nel corso dei s. XII-XIV tali innovazioni aveva subìto, che in confronto a questo era quasi un contratto nuovo. Le città italiane intese ad eludere i divieti canonici sull'usura, visto che l'interesse potevasi nascondere sotto il nome

di prezzo di rischio, accolsero volentieri questo contratto come mezzo di speculazione che Gregorio IX aveva dichiarato infetto di pravità usuraria ma che i canonisti dovettero accettare come lecito, tale era l'uso che se ne faceva. Però in queste lotte che il cambio marittimo dovette sostenere col diritto canonico, sta buona parte delle cause che modificarono l' antica *pecunia nautica*, e che fecero classificare questo contratto o come un'assicurazione o una scommessa (*sponsio*), o come un prestito o una società per accomandita, o come una vendita di rischi e di una quota di utili, contratti questi permessi dal diritto canonico. Infine di Germania venne il concetto di riguardare il cambio marittimo come un mutuo accompagnato da un pegno che rimane in possesso del debitore, sul qual pegno solo può il creditore esercitare i suoi diritti; il che risolse la questione dell'usura, ma staccò il cambio marittimo dal *foenus nauticum* dei Romani.

III. La scommessa e il giuoco ebbero nel medio evo e nei tempi accidiosi delle dominazioni straniere grande diffusione. Gli antichi Germani erano molto dati al giuoco, e gli obblighi che da essi derivavano, erano validi come gli altri contratti. Solo al secolo XIV si cominciò a distinguere fra contratti leciti e illeciti. Il diritto canonico riteneva nulli i contratti derivanti dal giuoco e altre limitazioni vi poneva il giure romano. Gli statuti furono rigidi e stabilirono pene e presero altri provvedimenti che stanno in istretta connessione colle leggi suntuarie; così anche i giuristi dissero leciti solo i giuochi nei quali può emergere una particolare virtù del corpo o dello spirito (St. Costa, Paride a Puteo, Caccialupi), illeciti quelli lasciati all'azzardo. In questi ogni guadagno non era repetibile, e l'atto era per sè punibile, tanto se commesso in pubblico che in privato. Dal diritto romano e dall'interpretazione che questo ebbe presso i giuristi, derivano poi le disposizioni dei Codici vigenti sul giuoco.

IV. La scommessa (*sponsio*), tanto fulminata dal diritto canonico, fu nelle città italiane molto usata anche come forma di assicurazione marittima; e allora si confondeva col semplice contratto di indennità, da cui poi si distinse. Esaurito il campo dei rischi reali, la cupidigia dei subiti guadagni si creò nel sec. XV un campo artificiale nelle scommesse favorite da grande larghezza della consuetudine, e dovettero venire leggi repressive modellate sul diritto romano, ma con poco successo, perchè i costumi, più indulgenti delle leggi, riputavano i debiti derivanti dal giuoco o dalle scommesse, debiti di onore. — Si scommetteva molto e per ogni occasione, sugli eventi politici e dinastici, sulla nomina del papa (Stracca), ecc.; era qualche cosa che si approssimava a un giuoco di borsa, e che appunto per questo carattere, fu vietato a

Genova (1588) quando i *vadimonia seu partita* erano fatti sulla vita del papa o dell' imperatore, dei vescovi, duchi, ecc., sulla presa o perdita di città o rivolgimenti di imperi, ecc., sull'esito di battaglie, sull'elezione dei principi, sulla possibilità di guerre, ecc. Ma Scaccia e Stracca, staccandosi dall'antica giurisprudenza (Azone), che li voleva tutti vietati, dissero invece che la scommessa formava un contratto lecito quando non era fatta su cosa disonesta, ma nello stesso tempo la pareggiarono al giuoco. Il che fecero anche i Codici moderni, ma non seguirono la compiacenza che specialmente Scaccia aveva p r la scommessa, che vedendola solo da un lato speculativo la diceva « remedium, consolatio et compensatio cum casu sinistro »; cioè non la favorirono troppo.

V. Anche il contratto di lotteria fu noto e praticato nelle città italiane dal sec. XVII. Fu a Genova che cominciò nel 1620 il lotto pubblico, da dove si diffuse a Venezia, Napoli, Torino, infine a Roma (a Vienna 1751, a Parigi 1757 soppresso nel 1836, a Berlino 1763 per opera di Giov. Ant. Calzabigi). I giuristi lo riguardavano come un *ludus* e quindi lo sottoposero alle leggi del giuoco.

VI. Del vitalizio, ignoto ai Romani, si sa che era noto ai Germani. Lo menzionano le formole franche (Marc. II, 13), ma allora e nel medio evo era generalmente una successione contrattuale, una *donatio post obitum*, coll' obbligo di mantenere il donante finchè viveva, assegnandogli però una rendita superiore a quella ricevuta per compensare la perdita a cui si sottometteva, all'epoca della morte, il possessore precario (Cap. 846). Il contratto vitalizio fu pure attaccato di usura, ma poi svanirono i sospetti contrarii, e anzi fu tanto più usato quanto più vietato era il prestito a interesse, specialmente negli Stati pontificii (De Luca, Scaccia, Casaregis, Fontanella, Surdus, Gailus, ecc.). A Venezia (1649), fu diligentemente disciplinato; e per assicurare il vitaliziato fecesi della corrisponsione un onere reale su immobile (Pertile). I giuristi italiani si occuparono poi di definire la sua natura giuridica, ma in far ciò furono troppo dominati dall' elemento aleatorio, che non è la causa, lo scopo, l'elemento precipuo del contratto. Quindi venne che Scaccia lo disse *sponsionis genus*, e Casaregis *commutatio periculi*. Invece Pothier lo riguardò come una vendita, e così fece il Codice francese e dietro esso gli italiani; alcuni dei quali però (il parmense, estense e sardo) innovarono, volendo che la rendita superasse l'importo dei frutti della cosa ceduta, e (il vigente) non dichiarando nullo il contratto quantunque sia costituito sulla vita di persona malata.

274 (Locazione e contratti agricoli). Nel medio evo molte forme di locazione delle terre si praticarono, le quali assunsero un proprio carattere fisso, ma che con poche differenze si ricon-

ducono ai principii romani. Sifatte forme si dissero *habere ad laborandum, ad habitandum*, affittanza, enfiteusi, precario: e i prezzi della locazione furon detti fitto, *terragium* se pagato in generi, gabella o estaglio, in Sicilia, pensione, *census*, canone, ecc. Contro il conduttore insolvente incontrasi negli Statuti, sec. XIV e XV, ancora in vigore il diritto di pignoramento privato in favore del locatore, a cui poi fu dato un pegno legale da esercitarsi per via di sequestro giudiziario. Una particolarità del contratto era il *jus stantiandi* o diritto di entratura con che designavasi il diritto che in alcune città avevano gli esercenti certe arti o industrie privilegiate e i loro eredi di non essere più espulsi dal luogo che avevano tenuto per 20 o 30 anni. Nelle leggi passate (per es., nel Regol. per l'Agricoltura di Roma), trovansi molte disposizioni sulla locazione, tanto di carattere giuridico che economico. A Napoli e in Sicilia si protessero gli inquilini contro gli ingiustificati aumenti di fitto, e nel 1743 si precisarono le cause per le quali potevano essere espulsi. In Sicilia se il conduttore non pagava, si poteva far subaffittare *pro minori interesse* il fondo a di lui danno.

Sulla locazione di opere si incontrano notevoli particolarità per quanto riguarda i domestici che non potevano abbandonare il padrone pria del tempo stabilito, erano imprigionati se mancavano ai loro doveri, soggetti a rigorosa sorveglianza della polizia, coi libretti di servizio, ecc. Sulla condizione dei domestici influiva ancora un ultimo residuo delle distinzioni fra liberi e servi.

Fra i contratti agricoli vanno ricordati la colonìa parziaria (§ 235) o mezzadria, la soccida o soccio, detto contratto *ad menandum* a Napoli, contratto comune in Sardegna, e coi nomi di soccio a capo salvo, soccio di ferro, soccio maggiore o minore secondo i patti speciali che lo regolavano, e secondo la responsabilità delle parti contraenti (1): contratto a nata, noda, collaria, boatica o di locazione di animali a censo fisso (Pertile).

275 (Società (*)). Grazie all'intenso movimento commerciale delle repubbliche italiane e alla ricchezza crescente, le nostre città fino dal sec. XIII conobbero tutte quelle forme di società commer-

(*) **Bibliografia.** — Troplong, *Société*, pref.; Frignet, *Hist. de l'associat. commerc.*, 1868; Renaud, *Recht d. Aktiengesell.*, 1875; *Recht d. Comanditgesell.*, 1881, nelle prefaz.; Grossi, *Contratto di colonna. Arch. giurid.*, IX, 529; Ciccaglione, *Contr. di commenda nella st. del d. ital. Filangieri*, 1886; Silberschmidt, *Die Commenda in ihrer frühesten Entwick. bis z. XIII J.*, 1884; Weber, *Zur Gesch. d. Handelsgesel. im M.A. nach südeurop. Quellen*, 1889, p. 15-150.

(1) Tacciato di usura, v. Endemann, I, 409 segg. Sulla Socida vedi, Muratori, I, 770; Pertile, § 162; Pothier, Simoncelli, *Riv. ital. di scienze giurid.*, VI, 84.

ciali che ai nostri tempi hanno acquistato tanto sviluppo e importanza. Ci basti ricordare solo alcuni dati. La società per accomandita incontrasi fiorente fino dal sec. XIII; usavasi come speculazione per un sol viaggio. Al secolo XIV divenne esercizio di traffico, si allargò e divenne contratto di Colonna, che era un rapporto ideato in modo che un padrone di nave riceveva beni o danari da molti, li radunava per specularvi, a lui riservandosi la libera direzione industriale. Nel contratto di Colonna trovansi gli elementi essenziali delle più recenti società per accomandita. Analoga a queste forme era l'*implicita* o *impieta*. Tutti questi contratti nacquero sul mare e pel commercio marittimo, ma poi si estesero alla terra. I nostri giuristi (Ansaldo, Casaregis) conobbero anche le società in accomandita per azioni. Era uso antico in Italia di dar nome alle società. Frequenti le società in nome collettivo; quelle per azioni e le anonime compaiono nel sec. XVI, ma i giuristi le confusero colle società in accomandita. Esse ebbero pure a lottare colle prescrizioni canoniche sull'usura. Le leggi le ammisero tutte eccetto quelle fra sensali e le leonine o a capo salvo.

276 (Cambiale e titoli di credito (*)). Lunga e importante evoluzione ebbe la cambiale prima di arrivare alla forma e al valore che ha nelle nostre società. Pare che la conoscessero i Greci e i Romani (Goldschmidt): ma la sua formazione dopo il mille è tutta nuova e si collega al nuovo significato che diedesi alla *carta*. La più antica cambiale nota è del 1157 ed appartiene a Genova. In principio fu una semplice confessione di aver ricevuto una somma coll'obbligo di far rimborsarla da un terzo in altra piazza. La prima forma fu quindi di un cambio di denaro con denaro *de loco in locum*, non essendo facile allora, causa la insicurezza delle vie di spedir denaro da luogo a luogo. La si disse quindi cambio reale. Da questa nacque la tratta (cambio secco, o morto, cambio colla ricorsa) che fu dai moralisti ritenuta infetta di usura. Dal XIV al XVI sec. solo in alcuni punti fu disciplinata dai giuristi: e vera base scientifica non ebbe che nel secolo XVI da Stracca, Scaccia e De Turri. La girata, la seconda e terza di cambio e tante altre modalità e forme e innovazioni si vennero sviluppando nella pratica delle fiere; e la giurisprudenza cercò ad esse la base nel diritto romano. Il protesto poi si collega all'uso germanico di far consta-

(*) **Bibliografia.** — Scotti, *La cambiale nei giuristi avanti il 1500. Arch. giurid.*, 1884; Papa d'Amico, *La lettera di cambio. Formaz. storica. Foro catan.*, 1885; *Il credito comm. Processo stor. Arch. giurid.*, 1885; *I titoli di credito*, 1886; Endemann, I, 75-339; Lattes, 178-197; Biener, *Hist. Erorterung ueber den Ursprung u. Begriff d. Wechsel.*, 1846, 59-159; *Wechselrechtl. Abhandl.*, 1859, 1-302; Neumann, *Gesch. d. Wuchers*, 1865, 348-439. E nei trattati di Thol; Marghieri, *La cambiale;* Vidari, ecc.

tare davanti a testi il mancato pagamento, e in seguito esso dava diritto a un procedimento speciale, a quello proprio degli istrumenti camerali i quali godevano dell'esecuzione parata. A questi strumenti fu presto equiparata la cambiale.

277 (Altri contratti commerciali (*)). La dottrina giuridica italiana del secolo XIV in avanti può giustamente rivendicare a sè il merito di aver singolarmente cooperato a dare base teorica ai contratti ed istituti che la pratica inventava. Preziose dottrine formulate dai nostri giureconsulti antichi, dottrine che sono passate nelle moderne leggi e nella scienza, si incontrano nel determinare la natura del commercio e degli atti commerciali, intorno agli institutori, ai sensali, ai libri di commercio, alla firma, al nolo, al contratto a *forfait* o *alla sua portanta*, a quello a *colletta*, a quello di trasporto, intorno alla compra-vendita mercantile, e ai commissionarii, ed inoltre in tutto il diritto marittimo e in quello di fallimento.

278 (Obbligazione per delitto). Secondo il diritto germanico ognuno rispondeva dei danni anche se non era in colpa e se mancava l'*iniuria*, il qual concetto fu poi molto allargato e applicato nelle leggi moderne. Si rispondeva pel fare e pel non fare, specie se vi era l'obbligo di fare, concetto anche questo passato nelle leggi moderne. Su questa materia quel diritto ha idee e norme diverse dal romano. La responsabilità nei contratti di commodato, pegno, deposito per chi teneva la cosa era grande, specie se vi era retribuzione: solo « casum sentit dominus ». Ma dal sec. XIII per opera delle scuole si ritornò al diritto romano.

La materia dei danni e interessi, piena di difficoltà, fu disciplinata da Molineo (v. § 67) il quale stabilì i principii generali e comuni, capaci di dominare tutte le questioni e di costituire un corpo di dottrina con unità. Dal suo trattato *De eo quod interest* derivano gli art. 1228-29, Codice civile, e le conseguenti dottrine contrarie al diritto romano che abolivano le limitazioni da questo stabilite all'indennizzo (al doppio del valore della cosa principale).

(*) **Bibliografia.** — In generale Goldschmidt, *Handbuch d. Handelsrechts*, 2ª ediz., §§ 3-32; Behrend, *Lehrbuch*, I, § 8-14; Endemann, *H. B. d. Handelsr.*, I, § 4-12 e *Studien* cit., § 271; Pardessus pel diritto marittimo, cit. a § 51; Lastig e Lattes, cit. a § 50; Marghieri, *Dir. comm.* Sulla storia della firma Dietzel, *Jahrb.*, di Muther e Bekker, IV, 227. Sulla storia della commissione e gestione di affari v. Grünhut, 1879; Endemann, I, § 166-171; Troplong, *Du mandat*; Lepa, *Zur Gesch. d. Kommissionhandels. Z. f. H.R.*, XXVI; Goldschmidt, *Ursprünge d. Maklerrechts. Id.*, XXVIII, 115. Sul fallimento, oltre le op. cit. a § 304, vedi Fuchs, *Concursverfahz.*, 1863, § 3-5; Seuffert, *Zur Gesch. und Dogmatik d. deutsch. Koncursrechts*, I, 1888, pag. 49-69. Sui libri commerc. Jäger, 1882.

SEZIONE SESTA. — Diritto feudale e nobiliare.

CAPO XLI.

IL CONTRATTO FEUDALE (*).

279. Feudo è la concessione benevola, spontanea, perpetua di un immobile o di un oggetto equivalente, con translazione di proprietà utile e con ritenzione della diretta sotto condizione di fedeltà e di prestazione di servizii (Molineo).

Trasformato il feudo in istituzione civile, il che avvenne quando gli oneri militari perdettero di importanza, per distinguerlo dai contratti analoghi fu necessario che la giurisprudenza cercasse gli elementi su cui determinare il carattere giuridico del feudo: e allora si prese per suo segno distintivo lo smembramento della proprietà infeudata in un dominio diretto signoriale o signoria diretta del concedente e in un dominio utile del concessionario. È della natura del feudo, si diceva che chi dà non trasferisca che la signoria utile e ritenga per sè la diretta. Tutto ciò però fu il risultato di erronee od equivoche applicazioni del diritto romano, come si è visto a proposito della enfiteusi (§ 237), perciò mentre i *Libri feudali* designavano il diritto del vassallo come *possessio per beneficium* in opposizione alla *proprietas* del signore, i feudisti e romanisti sulla base della *rei vendicatio utilis* parlarono di un dominio utile nel senso del linguaggio giuridico romano, e designarono i diritti reali protetti con quella *rei vind. ut.* come diritti da considerarsi in modo analogo a quelli di proprietà, mentre il proprietario per la sua *actio directa* valeva come *dominus directus*.

280. Il contratto feudale comprendeva due atti essenziali, il primo dei quali consisteva nell'omaggio, il secondo nell'investitura.

Coll'omaggio chi riceveva il feudo — vassallo — prometteva a chi lo dava — domino — adempiere gli obblighi inerenti al contratto feudale. Coll'investitura il vassallo riceveva i diritti utili inerenti al feudo. La si faceva solennemente e con forme simboliche consegnando un bastone, una lancia, una bandiera; per gli ecclesiastici collo scettro invece dell'anello (che si usava prima del Patto Callistino, 1122). Era un atto

---

(*) **Bibliografia.** — Opere sul dir. feud. in latino, Petri Ravennates, Ardizone, Curtius, Schrader, *Tract. feudalis*, 1594; Rosenthal, 1597; Struvius, 1653; Senckenberg e Lunich, cit. § 42; Boehmer, 1765; Jenichen, 1750; Cuiaccio, Molineo, Strykius, De Luca, Schilter, Dragonetti, Guarani, *Jus feud. napolit. et siculum*, 1792; Tapia, *Id.*; De Sariis, *Id.*; Rocchetti, *Diritto feud.*, 1807; Foramiti, *Giurispr. feudale*, 1841; Santamaria, 1881.

formale che si compiva davanti la curia feudale, e se ne rogava uno scritto (*breve testatum*). In Sicilia solo vi si rinunziò per gli ecclesiastici, contentandosi del giuramento e dell'omaggio. L'investitura dava al vassallo il diritto al possesso immediato. Però nella teoria e nella pratica si ebbe un'investitura eventuale dipendente dall'aspettativa feudale. — Anche l'omaggio si prestava con forme solenni: e in rapporto a queste avevasi l'omaggio ligio che prestevasi in ginocchio, senza armi e produceva stretti oneri militari; l'ordinario che si dava in piedi e implicava un servizio militare di 40 giorni; il piano o semplice senza obbligo di servizio militare personale, bastando dare alcuni uomini armati.

281. I feudi dividevansi, secondo la più antica dottrina de' feudisti, in proprii o retti, improprii o degeneranti, quando non vi era il servizio militare, e quando erano trasmissibili a donne; in feudi pazionati *ex pacto et providentia* e in feudi *mere hereditaria* secondo che il concedente aveva stabilito che solo i figli potessero succedere (*tibi et liberis*) oppure se anche a estranei erano trasmissibili nel qual caso erano come allodii (*tibi et heredibus*): e per questa distinzione capitale dovevasi rimettere agli atti di istituzione del feudo: — in feudi *de iure francorum* quando solo il primogenito era chiamato a succedere, e feudi *de iure longob.* quando erano divisibili fra i figli dell'investito: (in Sicilia dopo gli Angioini non si ebbero che feudi franchi) — in feudi maggiori e minori: regi e non regii; nobili e ignobili; antichi e nuovi secondochè si acquistavano per successione o per nuova investitura; acquisiti o gratuiti; divisibili e indivisibili. In Sicilia si dividevano anche in feudi di primo ordine o concessi dal principe (*in demanio, in capite*) — e suffeudi o concessi dai feudatarii (*in servitio*, attinenze, scadenze).

Potevano essere oggetto di concessione feudale gli immobili: ma in seguito per accrescere il numero dei vassalli si fecero concessioni di cose incorporali, come dei diritti di pedaggio, di caccia, pesca, delle decime ecclesiastiche da parte delle chiese (decime infeudate, finchè lo vietò il Concilio Laterano del 1179). Si ebbero feudi di rendite, di gabelle, di ufficii, cariche (*feudo guardiae gastaldiae*); feudi delle imposte pubbliche e di altri diritti pubblici e maiestatici (zecca, giustizia, avvocazia): feudi costituiti da prestazioni graziose di vino e di generi alimentari (*feuda camerae, canouae*) che generalmente erano temporanei e non era il domino tenuto a trasmetterli agli eredi del vassallo.

282. Per ricevere feudi volevasi speciale capacità: esser maschio, laico, legittimo, di stirpe nobile, nel godimento di tutti i diritti. Quindi la donna (salvo qualche eccezione: Piemonte, 1473), gli adottati, gli illegittimi, i legittimati, gli ecclesiastici, gli ebrei, gli eretici non potevano aver feudi. Così pure i muti, i sordi, i ciechi,

essendo il servizio militare essenziale, non potevano ricever feudi: e anche le persone morali (Chiese): ma poi per queste fu stabilito che potessero sostituire il servizio delle armi con preghiere e potessero prestare omaggio per mezzo del loro rappresentante.

Se però il feudo doveva toccare a un incapace (donna o minorenne) allora si istituiva un tutore per la donna, e anticamente, fino al sec. XVI il signore privato del servizio militare che non poteva prestare il minore, teneva il feudo in guardia o baliato, finchè il vassallo era minore, cioè ne aveva il possesso e il godimento, ne raccoglieva i frutti direttamente o per mezzo di un vassallo investito della tutela del minore e della guardia del feudo (§ 200).

283. I feudatarii esercitavano moltissimi diritti: 1° quello di proprietà del cespite infeudato e il godimento dei frutti naturali e civili; 2° quello di esigere tasse; 3° quello di privativa dei molini, forni, ecc.; 4° quello di richiedere il servizio dei vassalli, per zappare, seminare, esigere decime; 5° il diritto per l'adiutorio feudale fissato per la redenzione del barone prigioniero, pel matrimonio della figlia, ecc.; 6° il diritto di amministrare la giustizia sempre civile, spesso anche la criminale (mero e misto impero) nelle loro terre; 7° il diritto di essere giudicati dai loro pari, per il che il vassallo era protetto contro ogni applicazione arbitraria del diritto feudale: queste curie erano presiedute dal signore assistito dai suoi vassalli che fungevano da giudici; 8° il diritto di rappresentanza nei parlamenti (braccio militare).

Ma erano tenuti a molti doveri verso il domino: dovevano aiutarlo sempre nel corpo, nell'onore, nei beni. Era fellone quel vassallo che non difendesse il suo signore, non l'aiutasse, non l'obbedisse, nol riscattasse se prigioniero, non accorresse citato ai suoi placiti. Il primo poi dei servizii e delle prestazioni era il servizio militare. Questo era l'obbligo feudale per eccellenza: ed esso era regolato dalle leggi feudali con norme non uniformi per quanto riguardava la durata, la forma, la sanzione. In Italia il vassallo non era tenuto più di sei settimane: poteva francarsi pagando una somma (*hostenditiæ*, *adoa* in Sicilia); non presentandosi perdeva il feudo. Nel feudo ligio doveva servire personalmente e finchè durava la guerra. Il peso poi di questo servizio dividevasi in proporzione della rendita fra i feudatarii immediati e i suffeudatarii militari che alla loro volta erano dagli uomini dei loro feudi o suffeudi indennizzati, mediante l'*adiutorium*, che riscotevano da essi per gli allodi posseduti. Così in Sicilia i possessori di beni burgensatici portavano pur essi il carico della guerra, ma vi soddisfacevano in denaro o indirettamente per mezzo dei baroni. Oltre il servizio militare dovevansi, in alcuni luoghi, prestazioni in danaro per l'incoronazione del principe, per l'armamento del figlio

o del fratello, pel matrimonio della figlia; e se era un vescovo, per la sua consecrazione, per recarsi al Concilio o per visitare il re. Un altro obbligo era quello del *relevio* (v. § 285).

284. Il feudo era per sua natura inalienabile. Il vassallo non poteva far scomparire il suo titolo e sottrarsi alle conseguenze dell'omaggio. Però, in certi momenti, sotto l'essenziale riserva di mantenere intatti i diritti del domino, gli fu permesso subinfeudare il feudo e anche alienarlo. Il secondo vassallo doveva prestare la fede e l'omaggio: e così non era sciolto il vincolo feudale. In generale però mentre gli ostacoli frapposti alla trasmissione ereditaria dei feudi caddero l'un dopo l'altro, le leggi relative alle loro alienazioni seguirono un corso inverso. La tendenza dei vassalli era di rendere patrimoniali i feudi, ma reagivano i domini. Vi fu lotta: e le vicende del principio dell'alienabilità dei feudi furono legate a quelle del feudalismo. Quando i vassalli erano potenti, furono accolte le ipoteche, le costituzioni di livelli (almeno su metà del feudo) e anche le vendite, senza licenza del domino: quando il potere centrale era forte, tutto ciò era vietato, e scioglievansi gli oneri anteriormente posti.

In Italia eransi sviluppate consuetudini contrarie, in forza delle quali il vassallo poteva disporre fra vivi fino alla metà del feudo, senza consenso del domino: ma tali usi proscrissero Lotario II e Federico I. Anche in Sicilia al tempo dei Normanni si permetteva a chi possedeva tre feudi, di darne in dote alla figlia uno e a chi ne aveva uno solo di dotarne la metà, purchè non fosse quello da cui il vassallo si intitolava: ma questa dote era vitalizia. In seguito Federico II di Svevia vietò queste consuetudini e proclamò i feudi inalienabili: ma più tardi Federico II di Aragona, 12:6 (col celebre cap. *volentes*) ne permise l'alienazione, vendita, donazione, per atto tra vivi o di ultima volontà, senza il previo assenso regio, ma in benefizio di persone egualmente degne e nobili; e affine di conservare poi per quanto si potesse alla Corona il diritto di reversione, vietò le alienazioni in favore delle Chiese; nello stesso tempo impose il pagamento di 1|10 del prezzo di vendita al demanio regio. La giurisprudenza siciliana fu favorevole ad estendere i diritti dei feudatarii: però volle anche salvare i diritti dei discendenti, limitando i casi in cui l'alienazione era permessa: prevalse però la dottrina di Guglielmo di Perno secondo cui i feudi di forma larga dovevano essere considerati come beni burgensatici: e fu necessario che re Alfonso, 1452, dichiarasse fermi i diritti della Corona sui feudi nella riversibilità, quando il feudatario moriva senza legittimi successori.

Se poi vi era il consenso del signore, l'alienazione era permessa: egli dava una nuova investitura, riscuoteva per sè dal venditore 1|5 del prezzo di vendita detto *laudemio* (1). Però il signore

(1) Burgio, 1597; Musmeci, *Del laudemio*, 1847; Valori, 1890. Sul relevio Capani. Sull'appanaggio Lamantia, *Enciclop. giurid.* a q. v.

aveva sempre il diritto di rimborsare le spese del contratto e farsi egli acquirente del feudo (*retractus feodalis*): avendo egli fatta una liberalità, poteva sempre ritornare su essa, quando il vassallo se ne spogliasse. Questo suo diritto richiama l'altro dell'aspettativa che aveva lo stesso dominio, quando venivano a mancare gli eredi di colui che aveva investito. In questo caso poteva tenere il feudo per sè o disporre a suo grado.

Dal principio dell'inalienabilità derivava anche quello che il vassallo non potesse gravare il feudo di debiti: però si distinsero i *debita feudalia*, *legalia* e *consensuata* (per le spese indispensabili pel feudo e pel vassallo) i quali devono essere pagati sul feudo, da quelli che non erano fatti per titoli feudali.

285 (Successione). La trasmissione dei feudi, anche quando il feudo era degenerato dai suoi primordii, si risentì sempre di alcuni principii che presiedettero alla sua formazione. Anche quando non si considerò più il feudo come una liberalità esclusivamente personale data in ricompensa di servizi, ma come semplice alienazione sotto condizioni determinate, le idee fondamentali in materia di successione durarono, e se talvolta non furono osservate, fu solo per tolleranza del signore che a rigore avrebbe potuto opporsi: ma che preferiva vendere il suo consenso. — Il diritto feudale longobardo mantenne rigidamente il principio che per ereditare un feudo bisogna potere farne il servizio. Secondo esso distinguevansi tre casi di investitura per successione: 1° la *semplice*, quando il feudo era trasmesso agli eredi designati dalla legge: ritornava al signore mancando le linee volute; 2° l'*eventuale*, quando dal signore era indicato chi dovesse raccogliere l'eredità mancando figli; 3° la *collettiva*, quando il feudo era stato conferito a molte persone con diritto di successione reciproca nel caso che una di esse venisse a morire senza discendenti. Secondo lo stesso diritto le donne non potevano succedere nel feudo, amenochè non fosse esplicitamente stabilito nell'atto di infeudazione: ma viceversa il feudo si divideva tra i figli; e mancando questi tra le figlie: mentre nel feudo di diritto franco la successione era devoluta esclusivamente al figlio primogenito, per conservare nella famiglia e nella discendenza del *de cujus* i beni. Nei feudi franchi ereditava solo il primogenito: nei longobardi succedevano tutti i figli in porzioni dividue. Sotto i Normanni mancando gli eredi succedeva il fisco, giammai le donne; Federico II però le ammise a succedere, dando loro un baiulo o tutore; e poi sancì che mancando i discendenti succedessero i collaterali, mai gli ascendenti (*feuda non ascendunt*): dispose che i maschi fossero preferiti alle femmine: e pei maschi stabilì la preferenza al primogenito; tra le donne la preferenza alla vergine *in capillo* contro la maritata e dotata dal padre: in mancanza di

figlie maritate, e di discendenti fino all'infinito devolse la successione al fisco. Sotto gli Aragonesi, anche in Sicilia come nel resto d'Italia, tutti i feudi erano posseduti *jure francorum*, quindi indivisibili, quindi la successione solo al primogenito, quindi il diritto di primogenitura; agli altri discendenti si dava la dote di paraggio alle figlie (diritto costituito in rendita sul feudo, aumentabile per trovare marito di eguale nobiltà — *diritto di parilità* — di carattere vitalizio) e salvo la *vitamilizia* in favore dei cadetti (vitalizio in rendita sul feudo riversibile alla morte del cadetto in mano del feudatario: Capano, *De vita et militia*). — In ogni trapasso del feudo il signore aveva diritto a riscuotere una somma pel consenso che era costretto a dare e era quasi un compenso all'ormai stabilita ereditarietà dei feudi. Questa specie di imposta dicevasi *relevium*, *rachatum* e comprendeva un atto di riconoscimento del diritto del signore da parte dell'erede che lo pagava. — Il diritto feudale aveva introdotto le sostituzioni perpetue o legali. La successione feudale fu poi da paese a paese, di epoca in epoca regolata da tante leggi e consuetudini speciali, che non è possibile riassumere e che è necessario esaminare caso per caso.

CAPO XLII.

DIRITTO DEI BENI NOBILI; FEDECOMMESSI (*).

286. Nobile era chi per nascita apparteneva a un ceto, a una casta dotata di speciali diritti. A questo ceto la famiglia apparteneva: 1° per *nobilitas avita*, quando cioè per lunga serie di generazioni una famiglia era stata considerata nobile e aveva in suo favore una lunga prescrizione; 2° per concessioni di beni feudali o di offici che nobilitavano. — La nobiltà si trasmetteva col sangue, ma per matrimonio legittimo. Si perdeva per condanna infamante, per esercizio di industria vile o commercio al minuto, per rinunzia.

L'antico diritto feudale e nobiliare conosceva varie specie di nobiltà: dal punto di vista giuridico interessano però solo due specie, le *familiae illustres* e le *nobiles*. Le prime erano alla sommità della scala, costituivano una vera corporazione (Gierke), solidissima, stretta con propria autonomia attorno all'autorità del

---

(*) **Bibliografia.** — V. §§ 149, 150. Göhrum, cit. § 184; Schulze, *Hausgesetze d. regier. deut. fürstenhausern*, 1862. *Recht d. Erstgeburt in deut. fürstenhaus*, 1854. *Erb-und familienrecht d. deut. Dynasten*, 1871; Heffter, *Sonderrechte d. souveranen Häusern*, 1871, p. 227-432; Knipschildt, *De fideicommiss.*, 1654; Fabricius, id., 1864; Costa, *Entwickl. d. fideic.*, 1864; Lewis, id., 1868; Hofmann, *Gesch. d. fideic.*, nel Comm. di Pfaff e Hofmann al Cod. austr., II, 1884, p. 277-315; Reyscher, *Erbrecht d. adelig. Tockter*, *Z. f. d. R.*, VI e XV; De Luca; Tiraquello, *De iure primogenit.*; Pertile, § 132.

capo della casa, il quale regnava non solo sulla linea (discendenti) da lui fondata, ma anche su tutti gli agnati. In queste famiglie illustri non era permesso il matrimonio che di pari grado: le unioni di *disparagio* erano religiosamente valide, ma non politicamente: la moglie e i figli non seguivano la condizione del marito e del padre. Si aveva il matrimonio morganatico (v. § 184). Anche il regime dei patrimonii e specialmente la successione erano in queste famiglie regolati da norme speciali. Il principio fondamentale di queste norme era cercare di perpetuare i beni nella famiglia, impedire le divisioni: quindi erano usate le rinunzie anche giurate da parte delle donne, i patti successorii (§ 255) e sopratutto i maggioraschi, e fedecommessi, le due tipiche manifestazioni della successione agnatizia nel medio evo e fino ai giorni nostri.

287 (*). Tanto il fedecommesso quanto la successione per primogenitura che è chiamata da Summer Maine uno dei più difficili problemi delle istituzioni antiche. — Avevano lo scopo di conservare l'ordine famigliare, il diritto del sangue, l'unione di tutte le sostanze, e di custodire rigidamente l'agnazione che nelle donne si disperde. Il fedecommesso era un patrimonio chiuso secondo il volere del fondatore che non poteva alienarsi nè confondersi coi beni del possessore, non diminuirsi, e pel quale era segnata la linea dei possessori a cui doveva successivamente passare. Chi l'acquistava, non l'aveva come erede dell'ultimo possessore morto, ma per diritto proprio come chiamato per disposizione del fondatore. Così non facevasi alcuna differenza se l'acquirente era un discendente o un collaterale dell'ultimo possessore, entrambi essendo successori *ex pacto et providentia maiorum*. In conseguenza capaci di succedere erano solo quei membri della famiglia pei quali la successione era stata stabilita *ab initio*. Il fondatore poteva limitare anche il numero loro, volere una certa confessione religiosa, la derivazione da nozze di speciale condizione, ecc. Generalmente erano chiamati i soli agnati maschi; ma non mancavano le chiamate di cognati, di donne e loro discendenti, specie quando mancavano gli agnati.

Il fedecommesso è di origine romana: ma come divenne di moda, una nuova e ampia scienza formularono i pragmatici, specialmente gli Spagnuoli (Molina) che fecero testo in questa materia. Nel foro si conoscevano fedecommessi singolari e universali che comprendevano anche i feudi: convenzionali o per atti di ultima

---

(*) **Bibliografia.** — Molina, *De hispan. primogeniturae origine ac natura;* Torre, *Tractat. de success. in maioratu et primogenit. Italiae*, 3 volumi, 1686; Tiraquelli, *De jure primogenit.;* Barbatus, *De fideicom. maior. et primogenit.*, 1643; Capano, Bonfinio, Melius, Noalis, Maulius, De Luca, Peregrini, Censalius, ecc.

volontà; perpetui e temporali; puri e condizionali; e in quanto al modo di trasmissione retti e degeneranti; *simpliciter* familiari se i beni dovevansi conservare nella famiglia designata, familiari lineari, se mancando una linea i beni fedecommessi dovevano passare in altra. Dei fedecommessi la trasmissione poteva farsi per maiorasco, per seniorasco, per primogenitura e per iuniorasco e ultimo genitura. Nel maiorasco succedeva il parente dell'ultimo possessore viciniore in grado. Si aveva un maiorasco regolare quando era chiamato il prossimiore secondo l'ordine della successione legittima: irregolare quando era chiamato il primogenito qualunque fosse anche se non era il prossimiore dell'ultimo possessore. Se più erano nello stesso grado si preferiva il più vecchio. Nel seniorasco succedeva il membro di tutta la famiglia pur vecchio d'anni senza riguardo alla linea e al grado di parentela in rapporto all'ultimo possessore. Nella primogenitura, che era l'ordinaria successione del fedecommesso, non si aveva alcun riguardo alla strettezza di grado della parentela, ma si seguiva l'ordine della parentela, secondo il puro sistema lineale modificato colla preferenza data al maggiore cosicchè succedeva sempre il primogenito, *iure proprio et singulari*, escludendo i membri delle parentele più lontane finchè esistevano parenti dell'ultimo. I giuristi (Tiraquello, Torre, Molina) trovarono molte ragioni per dimostrare come e perchè il primogenito eccella sugli altri in pregi. Il iuniorasco era l'antitesi del seniorasco; in quello succedeva il più giovane di tutta la famiglia. Esso è istituzione comune ai popoli di vita nomade, presso i quali i maggiori nati appena che sono in grado di fare da sè lasciano il padre cogli animali che loro assegna, e vanno a costituire una famiglia nuova; solo il più giovine resta col padre e a lui poi succede. Infine nell'ultimogenitura la preferenza era data alla linea più giovine e all'ultimo nato. Generalmente il fedecommesso durava finchè durava la famiglia; solo nelle mani dell'ultimo proprietario, con cui quella si estingueva, esso diveniva bene proprio, libero.

I fedecommessi trovarono nelle istituzioni feudali la causa, l'esempio del loro straordinario crescere, come nelle dottrine feudali trovarono le categorie di loro divisioni. Era nei costumi dei grandi di mantenere ricca e splendida la famiglia, e ciò vollesi raggiungere vincolando patrimoni a perpetua inalienabilità e fissandone l'ordine di successione. Crebbero vieppiù colla dominazione spagnuola e pel favore dei principi nei sec. XVII e XVIII: — però il fedecommesso e il maiorasco italiano non sono da assimilarsi in tutto agli spagnuoli regolati da leggi fatte nelle Cortes di Toro al 1505. — Con gran favore dalla classe dei nobili queste istituzioni passarono anche in quelle dei borghesi; e si ebbero fedecommessi di sostanze esigue, di botteghe, di industrie, di cose mo-

bili se radicate al suolo cioè realmente assicurate, di denaro se irredimibili, come di mobiglia, di raccolte di libri, pitture, quadri, ecc. Sotto le signorie e specie sotto i Medici in Toscana tutti furono presi dalla boria di voler dare alla propria agnazione un grado distinto e divennero comunissime le vocazioni di alcune linee coll'inalienabilità di pochi iugeri di terra (Poggi), e ciò finchè « durava il mondo, il sagramento, il pane, il vino » forme usate per indicare la perpetuità, come se anche le generazioni avvenire dovessero avere lo stesso delirio e la proprietà sociale si potesse sequestrare per sempre da uno. Nel 1822 in Sicilia potevansi sottoporre al maiorasco le rendite del Debito Pubblico. Contro questa manomorta che danneggiava l'agricoltura e la ricchezza nazionale, perchè i possessori non avevano interesse a migliorare la terra che sfruttavano, contro questo baluardo di privilegi, contro questi patrimoni inalienabili, insequestrabili, si alzarono nel sec. XVIII gli Enciclopedisti francesi e gli economisti italiani (Beccaria, Galiani); e i loro attacchi produssero presto notevoli risultati.

A Modena Francesco III ne limitò l'istituzione, permettendoli solo ai nobili e ai laureati, restringendola al 4° grado, autorizzandola solo sui beni immobili, raccolte artistiche; e abolì i piccoli fedecommessi intralcianti la libertà del commercio.

Alcuni papi (Clemente VIII, Urbano VIII, Pio VII) avevano pure cercato di provvedere ai danni e agli abusi. Così anche qualche cosa fece in questo senso Carlo Emanuele IV di Piemonte nel 1794. In Lombardia Maria Teresa aveva ordinato che la sostituzione non passasse oltre i due gradi. Chi andò più oltre e precorse la legislazione francese, fu Pietro Leopoldo di Toscana che nel 1782, 1789 pronunciò lo scioglimento degli esistenti e vietò fondarne nuovi.

La rivoluzione francese fece tabula rasa di queste istituzioni che andarono distrutte anche in Italia, salvochè in Sicilia. Ma nel 1809 a Napoli prevalsero in quel governo idee diverse e si permisero i maggioraschi « per crescere il lustro della nobiltà e per conservare l'onore nazionale »: solo si mise per condizione l'assenso regio. Anzi il re donò molti beni dello Stato per convertirli in fedecommessi. E la reazione dopo il 15 li ristabilì ovunque, ma non potè chiudere gli occhi davanti agli abusi e ai danni da tante parti deplorati: e le leggi ne disciplinarono l'istituzione facendo dei fedecommessi un privilegio dei nobili e di altre poche persone e permettendola solo per gli immobili (Parma, 1823). In Sicilia solo gli iscritti sui libri d'oro potevano istituire maioraschi coll'approvazione del re. In Sardegna nel 1827 si voleva la laurea o esser banchieri o mercanti, e la durata del fedecommesso non poteva andar oltre il 4° grado. Così anche le Costituzioni pontificie. A Napoli poi con legge del 1818, e con altre del 1822, 24, 25, fu regolata questa materia; il Governo borbonico ne promosse l'istituzione (Bianchini). In Piemonte e in Sicilia era disposto per l'appannaggio da assegnarsi ai secondogeniti e alle figlie sulle rendite dei maggioraschi. Il Codice estense permise le primogeniture per due gradi di sostituzione dopo l'erede gravato. Il Codice austriaco mantenne i fedecommessi; il Sardo li abolì e così fece la nostra legislazione.

PARTE QUINTA

STORIA DEL PROCEDIMENTO CIVILE E CRIMINALE

CAPO I.

ORDINAMENTO GIUDIZIARIO GERMANICO (*).

288. Semplici ma complete erano le istituzioni giudiziarie introdotte dai Longobardi in Italia: riproducevano le prette germaniche e si mantennero scevre da imitazioni romane. — Presso gli antichi Germani giudici civili e criminali erano i principi, che nei boschi sacri, nei giorni consacrati al culto risolvevano le controversie. I principi presiedevano il tribunale e pronunciavano e rendevano esecutiva la sentenza, che i liberi della centena (Tacito, c. 12) investiti dei diritti politici e militari esprimevano. Da ciò originò poi la differenza fondamentale fra il procedimento romano e il germanico, il quale partiva la magistratura in due classi l'una che giudicava e l'altra che sentenziava. La parte sentenziante, cioè il vero magistrato pubblico era investito del potere giudiziario, ad esso spettava la direzione del processo, il dire esecutoria la sentenza: la parte giudicante invece assisteva al processo e, come una vera giuria, dava l'avviso sulla sentenza. — Chi giudicava era il popolo o nella sua totalità, come negli antichi tempi o in una parte eletta, la migliore, come dopo le invasioni (contro Fustel). Popolo e magistrato però non erano due poteri contrap-

(*) **Bibliografia.** — Rogge, *Gerichtswesen d. Germanen*, 1820; Unger, 1824; Maurer, Freiberg, 1824; Steiner, 1842; Buchner, 1845; oltre Sohm, Waitz, Grimm, Sybel, Sickel, Thudichum, Bethmann-Hollwegg, Walter, Brunner, Schroeder, ecc. cit. ai §§ 4, 12, 104-112; Thonissen, *Organis. judiciaire de la loi Salique*, 1882; Beauchet, *Hist. de l'organ. judic. en France*, 1887; Fustel de Coulanges, *Hist. des instit. polit. de l'ancienne France*, 1888, p. 304-406; *Recherches sur quelq. probl.*, 1885, p. 359-528; Meyer, *Spirito, origine e progressi delle istit. giudiz.*, I, 1830; Schroeder, *Z. f. R G.*, XVII; Lehmann, *Koeningsfriede der Nordgerm.*, 188; Ciccaglione, *Carattere popolare della sentenza presso i Germani. Filangieri*, 1887, *Scabini* nel *Digesto ital.*, 1890; Siegel, *Gesch. d. deutsch. Gerichtsverf.*, 1857; Pertile, § 206-208; Glasson, III, 253-389.

posti, ma entrambi collaboravano alla formazione delle sentenze. Dopo le invasioni la potestà giudiziaria fu delegata dai re a speciali ufficiali i quali parimenti non avevano diritto che a pronunciare la sentenza, e dirigere il giudizio, mentre istruire il processo, discutere e decidere la causa restava diritto del popolo. Quegli ufficiali si dissero *thungini*, *centenarii* presso i Franchi, *iudices* presso i Bavari, *asega* presso i Frisoni, *comites*, *duces*, *barones*, *saiones*, *vicarii* presso altri popoli. I liberi eletti, convocati al tribunale, che fungevano da giudici si dicevano *rachimburgi* dai Franchi (1), *sapientes*, *pagenses*, *vicinates* presso gli altri popoli. Il tribunale dicevasi *mallum*, *placitum*. La potestà giudiziaria emanante dal re di cui erano investiti tutti i suoi funzionari dicevasi *bannum*. Sopra questi tribunali stava il tribunale del re (*palatium*, *curia regis*); ad esso spettava sempre un'*extraordinaria cognitio*. Il re non era tenuto a seguire le rigide disposizioni del diritto gentilizio, ma poteva risolvere secondo le norme da lui stabilite e secondo equità (2). La procedura che svolgevasi davanti a questi *malli* era pubblica e orale, colla presenza delle parti. L'ufficio dei giudici non era gratuito, perchè i giudici ricevevano una parte delle ammende (*fredum*), su quella che toccava al re. Dal tempo dei Germani come per tutto il medio evo il potere giudiziario era confuso coll'amministrativo. La separazione dei due poteri è il prodotto di idee proprie delle moderne società.

289. Sotto i re ostrogoti non fu mutato l'antico ordinamento giudiziario dei Romani. Loro giudice per le cause civili minori era in prima istanza il *defensor;* per quelle di volontaria giurisdizione i *duumviri;* per le civili importanti e le criminali il *rector provinciae;* in seconda e ultima istanza giudicava il *præfectus prætorii*. Pei Goti e nelle cause fra Goti e Romani giudicava il *Comes Gothorum* che doveva però essere assistito da un *prudens romanus*, riguardo che verso gli indigeni non avevano usato nè i Borgognoni nè i Visigoti che tutti indistintamente sottoposero al tribunale germanico. In questo tribunale misto si giudicava secondo *aequum ius*, così che a tutti erano assicurate la protezione del proprio diritto e la giustizia. Il re poi era il giudice supremo

---

(1) Rogge, Savigny, Pardessus, Laferrière, Faustin Hélie, Walter, Glassone, Bethmann-Hollweg, Waitz, Sickel, Beauchet ritengono che i rachimburgi fossero i liberi della centena, i quali erano così chiamati quando da veri giudici sedevano al placito. Invece per Eichhorn, Siegel, Sohm, Schroeder, Brunner, erano notabili che sapevano la legge, non giudicavano ma progettavano una sentenza, consigliavano la assemblea. Secondo Fustel de Coulanges erano consiglieri, esperti, testi, arbitri. Egli poi sostiene che in nessuna legge germanica trovasi traccia di giustizia popolare e che il vero potere giudiziario appartenga solo al re.

(2) Sohm, Boretius, Barchewitz, *Koenigsgericht di Meroving. und Karolinger*, 1882; Fustel, *Hist.*, 331.

dei Goti e Romani, e conosceva di certe cause dietro supplica, in via straordinaria (Vedi Hegel, Tamassia, Dahn ecc., cit. § 105).

La dominazione greca ripristinò gli antichi ordinamenti giudiziarii romani ed escluse l'intervento delle autorità militari nei processi privati: risurrezione di breve durata perchè i Longobardi non lasciarono sussistere accanto al loro tribunale il romano, ma sottoposero i vinti alla giurisdizione dei magistrati germanici.

Le istituzioni giudiziarie dei Longobardi (1) si basavano su un duplice organismo, l'uno derivante dall'antica costituzione popolare, l'altro fondato sulla podestà regia. Il primo era rappresentato dai *duces*, magistratura che pria delle migrazioni presiedeva i pagi, ed era la suprema autorità giudiziaria in pace, militare in tempo di guerra, e che dopo la conquista amministrava le città, dipendendo però dal re. Tutti gli abitanti longobardi o romani erano sottoposti ai *duces* (2), che per le loro funzioni giudiziarie dicevansi anche *iudices*, e *iudiciaria* il loro territorio, che poi dividevasi in tanti piccoli distretti presieduti da *schuldahis*, *rectores loci* investiti di minori attribuzioni giudiziarie. Il secondo organismo si era sviluppato di seguito alla conquista, la quale aveva messo territorii immensi colle rispettive città nel dominio della Corona che amministravali per mezzo di *gastaldi* o *actores regis*. Il re poi ne aveva giurisdizione su molte cause riservate, come quelle riguardanti i giudici, le Chiese, i gasindi, sui grandi crimini, gli appelli, i ricorsi per denegata giustizia (3) e altre poteva avocare al suo *palatium*.

Anche presso i Longobardi ai giudizii intervenivano tutti gli abitanti del distretto (*adstantes*) possessori di beni stabili; essi il magistrato interrogava, ad essi poneva le questioni, ed essi tanto sul diritto che sul fatto giudicavano. Questi assessori che dovevano essere della condizione pari al giudicabile erano eletti volta per volta dal popolo (4). Il magistrato dirigeva il dibattimento colla verga bianca in mano, sorvegliava all'applicazione della legge, pronunciava la sentenza; solo qualche volta faceva da sè, senza cooperazione dei liberi, ma semplicemente assistito da altri pubblici funzionari, e questo che era in principio eccezione, divenne frequente come Liutpr. e Rachis imposero ai funzionari la responsabilità delle sentenze, come era imposta ai funzionari romani. D'allora essi avendo la maggiore responsabilità vollero avere anche la maggior

---

(1) Muratori, diss. 31; Fumagalli, *Ant. long.-mil.*, diss. 8; Bethmann-Hollweg, I e II; Ficker, I, § 5 e segg., II e III; Schupfer, 224 segg., 282 segg., 355 segg.; Pertile, § 206.

(2) Leo, Flegler, Capei, Schupfer pensano invece che i Romani fossero sottoposti ai gastaldi regii. Contro Troya e Bethmann-Hollweg. Cfr. § 109.

(3) Cohn, *Justizverweigerung*, 1876; H. O. Lehmann, *Rechtsschutz gegenüber Eingriffen von Staatsbeamten nach altfranck. R.*, 1883.

(4) L'esistenza di assessori presso i Longob. è sostenuta da Savigny, Hegel, Leo, Schupfer, Pertile, Ciccaglione. Questi tre ultimi anzi ammettono la partecipazione del popolo che invece Hermann, pur ammettendo l'assessorato, esclude. Negano l'esistenza di assessori e di giustizia popolare Bethmann-Hollweg, Ficker, I, p. XXXVI, e 14, § 511, 525, Brunner, Schroeder e Fustel, *Histoire*, p. 393.

parte nella formazione della sentenza. Quell'accentramento dei poteri a danno del popolo dipendente dallo sciogliersi dell' antica centena che manifestasi presso i Longobardi in tutta la vita politica (§ 108) riflettesi anche nelle istituzioni giudiziarie. Prima fu eliminato tutto il popolo dal partecipare ai giudizii, e ad esso si sostituirono alcuni assessori; poi anche di questi si sarebbe fatto definitivamente senza, e si sarebbe tornati al giudice unico, se Carlo Magno non avesse risollevata sotto altra forma — coll'istituto degli scabini — la giustizia popolare.

290 (*). Le istituzioni giudiziarie franche al tempo di Carlo Magno avevano moltissimi punti di somiglianza colle longobarde: cosicchè attecchirono facilmente in Italia. Anche in esse era fondamentale la distinzione fra magistrati che convocano e presiedono il giudizio e fanno eseguire la sentenza, e fra liberi giudicanti sul diritto e il fatto, detti *scabini*. Però Carlo Magno fece nell' ordinamento di questi giudici una grande innovazione, perchè invece di lasciare al giudice di eleggerli indifferentemente fra i liberi proprietari della circoscrizione giudiziaria, istituì un corpo di giudici permanenti, investiti di carattere officiale, incaricati di risolvere tutti i processi che non erano di competenza del placito generale.

Tale innovazione gli fu suggerita dalla difficoltà di riunire delle assemblee di liberi, dalla negligenza di questi, dal moltiplicarsi degli affari, mentre diminuiva il numero degli uomini liberi, il che rendeva più frequente e onerosa la partecipazione obbligatoria ai giudizii, dagli inconvenienti che dava luogo l'ammenda contro gli assenti trasformata in turpe mezzo di estorsione dai pubblici funzionari, e dagli altri inconvenienti che derivavano dall' avere lasciato a questi funzionarii la scelta degli assessori. Gli scabini erano veri giudici sotto l'autorità del re a cui in diritto appartiene la nomina, che poi la delega ai messi o ai conti colla partecipazione del popolo. Esercitavano una vera funzione pubblica simile a quella dei conti, giurata, ma gratuita, per un tempo illimitato o vitalizio; nè potevano essere spogliati che per revoca o per indegnità o incapacità. Alle funzioni di scabini erano chiamati solo quei liberi aventi proprietà fondiaria (Waitz, Bethmann; contro Sohm, Beauchet), anche se rivestivano altre funzioni, come di notai o di chierici; dovevano essere istrutti nel diritto e di buona condotta. Era carica che costituiva titolo di dignità. Ve ne erano di due classi, quelli pel tribunale del conte eletti da tutti i liberi del *comitatus* nei *placita generalia;* e quelli pei tribunali di centena eletti dai liberi della centena (contro Sohm). Nei placiti generali non avevan diritti maggiori degli altri liberi; essi proponevano la sentenza che poi era sottoposta all' approva-

---

(*) **Bibliografia.** — Oltre i citati e specie Beauchet, Bethmann H., Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelq. problèmes*, 1883, p. 359-528; Beaudoin, *Partecipation des hommes libres au jugement dans le droit franc. Nouv. Revue hist.*, XI, 1887; Hermann, *Entwick. d. altdeut. Schoeffengerichts*, 1881; Sickel, *Entsteh. d. altd. Schoeffeng. Z. f. R.G.*, XIX, 1885. Ciccaglione *Scabini*.

zione dell'assemblea. Invece ai placiti di centena erano i soli e veri giudici, il che non toglie che anche gli altri liberi potessero sempre intervenire, ma come semplici spettatori che il magistrato poteva però sempre interpellare e consultare come esperti e testi. Il numero degli scabini variava da 7 a 12; e in causa del principio della personalità delle leggi erano della nazionalità stessa delle parti, o eran misti se le parti appartenevano a leggi diverse. La loro origine è con tutta verosimiglianza franca (Brunner, *Mitth. d. Inst. f. oesterr. Gesch.*, VIII., 1887), sebbene non manchi chi li creda sorti in Italia nei paesi di giurisdizione longobarda (Ficker). Lo scabinato ebbe un' importanza politica nella costituzione delle città italiane dopo il sec. IX, imperocchè essendo gli scabini i giudici municipali, per mezzo loro il popolo prendeva parte alle deliberazioni giudiziarie e all'amministrazione delle città e dei contadi.

Carlo Magno portò anche in Italia il sistema delle periodiche riunioni giudiziarie ordinate dalla legge (*placita maiora*) a cui dovevano intervenire tutti i liberi possessori di immobili e che si tenevano due volte all'anno, in giorni e luoghi fissi: e quello delle riunioni casuali (*placita minora*) convocati dal conte quando e dove era necessario, ai quali convenivano solo i contendenti e gli scabini. Anche i *missi* potevano tenere assemblee giudiziarie nelle quali investigavano per mezzo della *inquisitio*, ossia interrogando gli onesti, sul modo con cui era amministrata la giustizia dai conti.

L'ordinamento franco durò nell'Italia longobarda fino al sec. XI. Solo essendo divenute ereditarie le cariche di conte, le funzioni giudiziarie furono esercitate da suoi rappresentanti (*vicecomes*): e dove i poteri erano passati al vescovo, la giustizia era amministrata dal suo avvocato, dal suo messo che aveva spesso la competenza del conte palatino, funzionario che sopravvisse alle vicende politiche e che doveva essere il contrappeso alla soverchiante e pericolosa potestà episcopale e protezione per le popolazioni libere che il feudo minacciava assorbire. — Nella Romania, cioè nei dominii del papa (Bethmann, Gregorovius), la giustizia era amministrata da *judices ordinarii* o *palatini* delegati dal papa, assistiti da *judices dativi* che erano presso a poco come scabini franchi.

In questo tempo poi molti territorii erano sfuggiti alla giurisdizione pubblica, essendosi per gli abitanti con essi residenti costituita, in seguito all'immunità o ad altro privilegio, la giurisdizione patrimoniale amministrata dal proprietario di quei territorii, o la feudale esercitata dal signore dei feudi (1).

---

(1) Salvioli, *Giurisd. spec.*, I, p. 164; II, 127-149, 175-323.

CAPO II.

ORDINAMENTO GIUDIZIARIO DOPO IL 1200 (*).

291. Al tempo dei comuni la giurisdizione civile e criminale era nelle mani dei consoli e podestà che la delegavano a giudici speciali (con appello alla concione del popolo) — dal che ebbero origine i molteplici tribunali che si spartivano la trattazione degli affari, nel medio evo e nei tempi moderni fin quasi a noi. Si moltiplicarono allora i fori, i gradi degli appelli, le giurisdizioni civili, penali, commerciali, marittime, ecclesiastiche, per le cause maggiori e per minori, per questi e per quei reati, pei forestieri, per gli artefici, pei nobili, pei contadini: e secondo la materia si avevano giudici per le vendite, le locazioni, il commercio delle derrate (giudici di grascia), le gabelle, gli ornamenti delle donne, l'eresia e via dicendo. L'imperatore poi, il quale soltanto aveva delegato i suoi poteri, avrebbe potuto ovunque tenere le sue assisie, e direttamente quando scendeva in Italia o per mezzo del suo vicario, egli poteva avocare a sè e risolvere tutte le cause. Tutti i giudici scaduti d'ufficio erano sottoposti a solenne sindacato e restavano per 2 o 3 mesi esposti a qualsiasi reclamo, e rispondevano colla persona e sui beni. Col formarsi delle signorie la giustizia fu impartita da giudici nominati dal signore e continuarono ad esistere gli innumerevoli tribunali, che non furono generalmente nemmeno molestati dalle dominazioni straniere: soltanto la giustizia era data nel nome dei nuovi signori. Come al tempo dei Comuni non vi era più partecipazione del popolo o di scabini all'amministrazione della giustizia, e il giudice che dirigeva il procedimento, formulava la sentenza e la rendeva esecutoria. Le due funzioni si erano riunite.

Negli Stati che si formarono dopo il sec. XVI trovasi anzitutto accentuato da parte dei sovrani il sistema di accentrare l'amministrazione della giustizia, dove abolendo le giurisdizioni feudali e signoriali, dove limitandone la competenza, e stabilendo non esservi

---

(*) **Bibliografia.** — Muratori, diss. 46; Sclopis, Pertile, VI, § 209-2; Ficker, Emiliani, Giudici, *Stor. dei comuni*, 1866, II, 248, 447; Mandelli, *Comune di Vercelli*, II; Campori, *Il governo a comune in Modena*, 1862; Ratti, *Giurisdiz. nei diversi stati italiani dalla fine del sec. XVIII*, 1887; Dionisotti, *Storia d. magistrat. piemont.*, 2 vol., 1881-87. Per Napoli, Toppi, 1655, Giannone, Grimaldi, *Storia delle leggi e magistrati del regno di Napoli*, 12 vol., 1731; Pecchia, *Storia della M. Curia*. Per la Sicilia: Rocchetti, *Ordini dei giud. civ.*, 1803; Gregorio, Mastrillo, *De magistr.*; Lamantia. Per Roma, v. Moroni. Per Toscana, Gianotti, Zobi. Per Venezia, Romanin. Per Genova, Canale. Per Milano, Verri,

che una giurisdizione, quella emanante dal re, duca o principe, suddivisa in moltissimi tribunali di varia competenza. Solo il foro ecclesiastico scampò a queste giuste misure. Ma non si ebbe regolare distribuzione dei poteri, e l'autorità politica fu spesso confusa colla giudiziaria, e inoltre si ebbero troppi fori che erano il prodotto delle diseguaglianze e dei privilegi dominanti in quelle società.

Nell'Italia meridionale e nelle Due Sicilie dove Ruggero trasportò la costituzione giudiziaria carolina, dando istituzioni che per la comune origine molto si avvicinano alle anglo-normanne, sotto i Normanni unica fonte di giurisdizione era il re, il cui supremo tribunale dicevasi Magna Curia composta dai sette grandi ufficiali della Corona: i giudici locali dicevansi baiuli o balì stratigoti pei Greci: erano nominati dal re e da essi appellavasi alla Curia del Gran Giustiziere. Ogni provincia aveva il suo giustiziere, con funzioni analoghe a quelle dei *missi dominici* (Brünneck). Facevano la polizia alcuni *boni homines* o *iurati* che però non formavano una giuria o uno scabinato. Sotto gli Angioini risorsero le giustizie feudali e i balì divennero giudici nominati dai baroni. Gli Aragonesi crearono la Gran Corte della Vicaria, tribunale da cui appellavasi al Sacro Regio Consiglio diviso in ruote od aule: e accanto a questo i Vicerè posero un Consiglio collaterale che giudicava straordinariamente e poteva anche derogare al rigore delle leggi. Sotto i Borboni si aveva: la R. Camera di S. Chiara istituita nel 1735 con attribuzioni consultive sugli affari di Stato, di Chiesa e di giustizia, sui conflitti di giurisdizione, sulla censura della stampa, l'alienazione dei beni feudali, il *recipiatur* delle carte provenienti dall'estero; con competenza in appello sulle cause criminali: — il Sacro Regio Consiglio tribunale di appello sulle sentenze di Vicaria e di prima e ultima istanza nelle cause civili superiori a 500 ducati: — la R. Camera della Sommaria pel contenzioso amministrativo: — la G. Corte della Vicaria: — il Supremo tribunale di Commercio: — l'Ammiragliato per le cause degli uomini di mare, la Giunta di Stato, la Curia del Cappellano Maggiore per le cause dei chierici, l'Udienza di Guerra per le cause dei militari ecc. In tutto erano 39 giurisdizioni.

A Roma si contavano 23 giurisdizioni. La più celebre era quella della Rota Romana (v. § 88), e anche quello di Segnatura i cui atti erano controfirmati dal papa. In Sardegna il supremo tribunale dicevasi Corona compita, poi nomata Reale Udienza nel sec. XVI: poi vi era il Regio Consiglio. In Piemonte la suprema autorità giudiziaria stava nel Senato (a Chambéry, Torino, Nizza). Ma per gli appelli decidevano i Prefetti delle provincie. Poi vi erano tribunali nelle città e magistrati minori con competenza ristretta nelle piccole terre. Senati vi erano in Lombardia (Milano, Mantova): e durarono fino a che tribunali di appello non vi istituirono Giuseppe II e poi il Governo francese. Nelle città vi erano tribunali collegiali e nelle borgate giudici con varii nomi chiamati. A Modena il primo tribunale nel 1771 dicevasi Supremo Consiglio di Giustizia. I giudici degli altri gradi dicevansi « giudici consultori, ecc. ». In Toscana la Suprema istanza sedeva nella Magnifica pratica e Consulta; a Venezia nel Consiglio dei Dieci e nelle Quarantie (che erano tre). Qui si ebbero

magistrati per le varie cause e per tutte le istanze, siccome comportava uno Stato fortemente ordinato.

292 (Giurisdizioni speciali (*)). Dopo il 1000 sorse il foro ecclesiastico, risultato dalla grande potenza acquistata dal clero e dalle abili mistificazioni canoniche compiute nel IX e X sec. (§ 36). Non tutti i Comuni lo tollerarono volontieri e sempre (§ 142); lo favorirono gli Angioini, ed ebbe sempre nel Napoletano vitalità maggiore che altrove. L'abolì primo Leopoldo II in Toscana: fu definitivamente soppresso in Piemonte nel 1856 colla legge Siccardi. Fino al 1859 gli Estensi lo mantennero in tutti i suoi diritti di vera competenza nelle cause civili e criminali dei chierici, nelle matrimoniali, non però, come prescriveva il diritto canonico, in quelle di giuramento e in tutte quelle nelle quali vi era intervenuto giuramento, nelle cause delle vedove, pupilli, in quelle infette di usura, in quelle di ratto, di legati ad *pias causas*, ecc.

I tribunali feudali e le curie dei Pari subirono le analoghe vicende del feudalesimo. Quando questo fu potente esistettero, quando i sovrani vollero restringere i diritti del feudalismo, tacquero. In Sicilia furono aboliti da Federico II: risorsero sotto gli Aragonesi; poi furono e definitivamente soppressi sotto i Borboni.

Il foro dei mercanti che fu il principio dei moderni tribunali di commercio, trovasi fin dal sec. XIII. Giudici scelti nel seno delle singole corporazioni giudicavano le cause dei mercanti ascritti a quelle, sempre le cause commerciali, qualche volta le civili tutte e raramente le criminali. Questi tribunali nel sec. XVII e XVIII si trasformarono in tribunali di commercio sotto la sorveglianza dell'autorità, che vi nominava suoi rappresentanti e li rendeva competenti per tutte le cause commerciali, cambiarie, marittime e di assicurazione. Grande importanza ebbero nel passato i giudici delle fiere che giudicavano con procedimento sommario ed *ex aequo* su tutti gli affari conclusi nelle fiere.

I monetieri avevano il loro foro; e l'avevano i lavoranti delle miniere, i marinai (a giudici protontini, trib. dell'Ammirante a Napoli), gli Ebrei (o davanti al Vescovo, o al Rabbino), gli studenti, i professori delle università (davanti al rettore), i nobili (davanti ai loro pari), i militari (fin dal sec. XIV), i pubblici funzionarii. Vi erano tribunali per le contravvenzioni forestali, venatorie, fluviali: vi era un foro per le cause del fisco.

(*) **Bibliografia.** — Salvioli, *Giurisd. spec. nella storia del dir. ital.*, I e II, 1884-89; *Dir. monet.*, cap. XIII, p. 101; Pertile, §§ 211-215; Lattes, cit. § 50, p. 242-257; Mandelli, II, 17; Gierke, III; Bensa, *Giurisd. mercant. a Genova. Arch. giurid.*, XXVII, 1881. Sulla giurisd. universitaria Savigny, I, 564, 605, 618, 623.

293 (Giuria (*)). La giuria non è istituzione indigena: non la conobbero i Longobardi, nè ha nulla di comune collo scabinato franco, nè coi testi o i congiuratori germanici (1). Essa però origina da un modo di prova privilegiata propria dei Franchi, quale era quello della *inquisitio per veraces homines*, che restò sterile e senza sviluppo in Occidente, ma riescì in Inghilterra alla costituzione della giuria. Presso i Franchi vi era una forma di indagine mossa dal giudice, detta *inquisitio*, usata nelle cause del fisco, delle Chiese e di pochi privilegiati, e consisteva nell'interrogare, sotto giuramento, uomini del luogo, veraci e di buona fama, i quali non potevano rifiutarsi a deporre su quello che sapevano, e davano il loro parere in ordine al fatto controverso. Questa procedura d'inchiesta, consistente in domande e risposte, contraria ai modi probatorii formalisti, dell'antica epoca franca, originò nel sec. XII un giurì di prova, che funzionò da prima in Normandia, poi in Inghilterra. Fu qui che i giurati divennero poco a poco i giudici della prova e costituirono la giuria civile. La procedura inquisitoria applicata alle cause penali, produsse poi la formazione di un giurì di prova, che si trasformò in giuria giudicante (Brunner). La giuria accolta dalle leggi francesi, si introdusse in Italia solo dopo i rivolgimenti politici del 1848. Napoleone seguendo i consigli di Romagnosi che osteggiava il giurì, non l'aveva dato all'Italia. Esso fu esteso all'Italia unita solo colle leggi del 1859.

CAPO III.

ISTITUZIONI PROCESSUALI GERMANICHE (**).

294. Nei tempi antichissimi i Germani non ammettevano che alcuna persona o autorità si intromettesse per risolvere le contro-

(*) **Bibliografia.** — Brunner, *Entstehung der Schwurgerichte*, 1872 (op. capitale). Degli antichi Rogge, § 44; Biener, cit. a § 301, 216-313; *Z. f. d. R.*, XI, 57; Reynolds, 1842; Aignan, *Histoire du Jury*, 1822; Rintel, 1844; Dahlmann, *Z. f. d. R.*, X; Gundermann, 1847; Michelsen, 1847; Domengeat, *Revue pratique de droit français*, LV, 1884; Bouchère, *Revue hist. de droit franç.*, 1862; Meyer, *Istit. giudiz.*, II; Negri, 1889; Pisanelli, 1868; De Novellis, 1887.

(**) **Bibliografia.** — Siegel; Bethmann-Hollweg; Thonissen; Sohm, *Procéd. de la loi Salique*, 1873; Fustel de Coulanges, *Hist.*, 406-506; Pertile, Beauchet; Gaudenzi, *L'antica procedura germanica e le legis actiones*, 1884; Glasson, III, 390-522; Faustin-Hélie, *Trattato dell'istr. crimin.*, 1864, I, p. 63-221.

(1) Chi lo volle di origine celta: Bacone, Montesquieu, Blakstone, Savigny, lo dissero comune a tutti i Germani, ma meglio svi-

versie fra membri del gruppo sociale: ognuno poteva far valere anche colla forza propria e coll'aiuto della propria famiglia e consorti le sue pretese. In principio il diritto di ognuno di farsi giustizia non ebbe limiti; ma come un potere pubblico entro quelle società si rafforzò, questo per necessità di ordine e di tranquillità pubblica, cercò eliminare quanto più potesse l'autogiustizia, facendosi intermediario fra le parti e poi giudice. Da quel momento si ebbe una procedura. Ma era semplice, e si risentiva delle sue origini, e di queste si risente ancora il procedimento che conoscono le più antiche leggi germaniche (come la legge *Salica*), le quali riflettono la fine di un'evoluzione, l'ultima manifestazione di una fase della procedura, che si distingue pel pignoramento privato, per causa di debiti (§ 264), col sequestro nella rivendita di cose mobili, ecc. (Summer Mayne), in confronto di altre leggi che segnano uno stadio più avvanzato di progresso, sia per le forme processuali, sia pei sistemi di prove.

Negli antichi tempi la procedura davanti al tribunale era preparata e introdotta per atti privati, che una parte compiva verso l'altra, senza partecipazione delle autorità. Tutto era coazione personale (Siegel). Chi aveva causa, andava con testimoni all'avversario e l'invitava (*mannire*) a comparire al tribunale fra 7 o 14 notti (il tempo misurandosi a notti). Questa era la regola, amenochè non si trattasse di reato flagrante, nel qual caso l'autore poteva essere tradotto immediatamente davanti al tribunale e ucciso se resisteva. — Come ambo le parti si erano presentate al tribunale, l'attore, vuolsi con parole sacramentali (Sohm), formulava la sua querela e giurava di essere in buona fede nella domanda e di chiedere il vero e il giusto (1). Il convenuto doveva parimenti prestare lo stesso giuramento; se negava quanto l'attore chiedeva, allora o egli stesso o questi invitavano il capo del tribunale a pronunciare una sentenza. Il convenuto aveva contro sè tutte le prevenzioni; doveva dare le prove della sua innocenza; espletate le prove si veniva alla sentenza. In tutto ciò il magistrato non aveva iniziativa, restava passivo davanti alle prove, domande e risposte che si succedevano, davanti a questa specie di combattimento o duello fra le parti, che avevano illimitata indipendenza per far valere il loro diritto, e in stretto senso il tribunale non aveva libero apprezzamento, il predominio della forma essendo il fondamento della

---

luppatosi presso gli Anglosassoni; per Biener lo trovarono i Normanni; per altri è di origine scandinava, romana, franca, canonica, asiatica. Chi l'avvicina agli Scabini (Savigny); chi (Rogge, Cosack, Maurer, Gundermann) ai congiuratori, e Kostlin ai testi. E altre opinioni si potrebbero ricordare.

(1) Salvioli, *Jusiurandum de calumnia, nel suo svolg. storico,* 1888.

procedura germanica, e quindi dovendo esso seguire gli atti compiuti dalle parti e attenersi alle risultanti delle prove eminentemente formaliste. Il giudizio germanico così riesciva ad uno scopo diverso dal giudizio romano. Questo decideva il litigio fra le parti, quale delle ragioni era fondata; quello dichiarava se la pretesa e la difesa erano ammessibili dal punto di vista processuale; esso condannava l'accusato che confessava o che si rifiutava a fare la prova, assolveva se la materialità delle prove riesciva favorevole alle sue asserzioni (1). L'attore che errava la forma, o esercitava un potere che non poteva giustificare, si esponeva alla stessa pena da cui voleva colpito l'avversario. Nell'osservanza delle forme stava la guarentigia del convenuto.

Tutto il procedimento era orale. Erano ammesse scuse per giusto impedimento (2). Le parti si potevano far assistere, ma non farsi rappresentare, salvo alcune eccezioni per le vedove e gli orfani, ecc. (3). Il diritto longobardo (e in Italia fino al sec. XI) non conobbe la citazione privata, ma solo quella fatta dal giudice (bannitio), con sanzioni.

In principio era ignota la distinzione fra procedimento civile e criminale. Non vi era che un unico tribunale, con unico rito. Solo a poco a poco venne la separazione, e per via di eccezioni che poi divennero la regola; ma per tutto il periodo germanico questa separazione non si praticò.

295 (Prove (*)). Il sistema delle prove nel diritto germanico era, all'opposto del romano, basato sul principio che il convenuto se negava, doveva purificarsi dall'accusa per mezzo del giuramento o del giudizio di Dio. Si aveva così la vera inversione della prova e la preferenza della prova formale sulla reale. Il diritto di provare era un beneficio del convenuto, non un onere; egli aveva sempre questo beneficio, e non ne usufruiva l'attore, se non quando il convenuto non poteva difendersi o se ne rimetteva alla giustizia. In diritto germanico non aveva valore il principio romano « *actore non probante reus absolvitur*. Inoltre, siccome la giustizia germanica, come la romana antica, non si imponeva direttamente alle parti, ma queste dovevano sollecitare l'azione del giudice, accet-

---

(*) **Bibliografia.** — Siegel, Sachsse, Bar, Planck; Albrecht, *Doctr. de probat. sec. jus germ.*, 1825; Hofmann, *Z. f. d. R.*, IX; Zorn, *Beweisverfahren d. Longob.*, 1872; Kries, *Beweis im Strafrecht*, 1878.

---

(1) Planck, *Recht der Beweisfürung n. alt. deut. R. Z. f. d. R.*, X; *Lehre von Beweisurtheil*, 1848; Bar, *Beweisurtheil d. germ. Proc.*, 1866.

(2) *Sunnis.* A. Schmidt, *Echte Noth*, 1888.

(3) Brandileone, *La rappresent. nei giudizii, secondo il diritto medievale italiano. Studii e documenti di storia e di diritto*, X, 1889, 1-37.

tarne il giudizio, promettere con mallevadori di eseguirlo, ne veniva che anche le prove dipendevano dai giudici, ossia erano questi che stabilivano con sentenza quali prove dovevano essere fatte e da chi, e in quali pene incorreva chi o avendone l'onere oppure essendosi per contratto formale obbligato a provare o a pagare non provava (Brunner, *Schwurger*, 174). Da ciò conseguiva ancora che chi voleva provare, non era tenuto a convincere il tribunale della verità dei fatti contraddetti dall'avversario, ma solo a eseguire la forma della prova ordinata dal giudice; e allora la sua affermazione era come vera. Il tribunale non aveva a fare apprezzamenti sulle ragioni addotte, ma doveva semplicemente valutare le prove secondo regole fisse, che vincolavano la convinzione individuale dei giudici, che riguardavano non solo le ragioni probatorie messe avanti, ma i mezzi stessi; e queste regole che limitavano questi mezzi, stabilivano essere unilaterale l'introduzione della prova, escludevano le contropprove, mettevano in seconda linea le testimonianze (Loening), erano quelle della verosimiglianza; cioè si presupponeva che avesse ragione colui che era riescito nella prova ordinatagli; si riteneva che chi vinceva il duello, avesse verosimilmente ragione: nessun riguardo avevasi al soggetto da cui partiva la prova (Planck). Insomma, il giudizio non facevasi sul merito della causa, ma sull'esito delle prove formali. L'apprezzamento morale del giudice non richiedevasi, nè contavasi, essendo soprafatto dalla coazione della forma. Nulla era lasciato al criterio del giudice, ma tutto era sottoposto a norme che dovevansi osservare perchè una prova valesse. E giustamente questo sistema di prove è detto irrazionale, inconseguente, arbitrario (Albrecht, Laband, Planck, Siegel; contro Loening, pag. 5).

Le prove germaniche erano parte umane, parte celesti. Fra le prime aveva grande importanza il giuramento, che una parte prestava assieme ad altre persone scelte dalla sua famiglia o gruppo sociale, dette *coniuratores*, *sacramentales*, *aidi*. Era il giuramento di purificazione che ebbe negli antichi tempi una grande importanza, ma che in Italia nel sec. XI, fu ammesso solo in mancanza di altre prove. Fra le prove divine il primo posto spettava al *judicium Dei*, col quale si chiedeva l'intervento celeste che si pronunciasse in favore di chi aveva ragione, e consisteva nel duello, nella prova dell'acqua bollente, del ferro rovente. Quando i mezzi di prova non bastavano, o i giuramenti erano contraddittorii, si faceva appello alla divinità. Tacito notò l'inclinazione dei Germani a consultare i decreti della sorte. Queste superstizioni si accrebbero quando si convertirono al cristianesimo; credettero che Dio non potesse lasciare soccombere l'innocenza e celare la verità, e attendevano dalle prove altrettanti miracoli che dovevano mani-

festare la sua voce. Si credeva che nel duello la coscienza del suo diritto coll'aiuto divino procurerebbe la vittoria, aumentando le forze dell'innocente e diminuendo quelle dell'avversario, che era privo del soccorso divino e non aveva la coscienza tranquilla. Anche secondo le idee cristiane un atto che era una sfida a Dio, non sarebbe riescito bene, e le forze sarebbero venute meno al colpevole nell' atto in cui si sarebbe accinto. Tale è il concetto, che stava a base delle ordalie o giudizii di Dio.

Ma poi presso i Longobardi (Liutpr.) e i Franchi, grazie alla influenza romana, l'insufficienza di queste prove apparve presto, e si introdussero come eccezioni le prove per testimonii e per documenti, facendo un'eccezione al principio che il carico della prova fosse del reo. I Franchi introdussero ancora un'altra forma di prova, l'*inquisitio per testes et homines veraces*, che fu il principio della giuria (giuria di prova, sec. XII), e che essendo diretta a scoprire la verità reale, rese sussidiarii i mezzi di purificazione del convenuto, mutò il concetto e il valore della prova, intesa ormai a convincere il giudice che la moveva, la disciplinava e in essa cercava i criterii della verità reale. Ma fino al 1000 piuttosto che ai giudici ricorrevasi alle armi, alla forza materiale, alla destrezza. Queste costituivano la giustizia e il diritto.

Il giuramento di purificazione coi congiuratori (1) si prestava negli antichi tempi davanti alle assemblee, poi nelle chiese; pria sulle armi poi sulle reliquie. Prima che il convenuto lo prestasse, l'attore doveva giurare *de calumnia* (*videredum*). I congiuratori erano presi fra i parenti legittimi, fra tutti quelli della *sippe* e anche fra i vicini. Potevano essere fino a 72 e quanti più erano tanto maggiore era l' attestazione. Si presentavano secondo un certo ordine, regolato giusta la condizione dell'accusatore e dell'accusato, la natura della questione e la loro condizione personale. Il giuramento di un nobile valendo più di quello di un libero, quello di due nobili essendo eguale al giuramento di tre liberi e 6 aldi, qualche volta si doveva mantenere una proporzione fra il valore della lite e il guidrigildo di tutti i congiuratori. Erano scelti da chi doveva giurare, ma alle volte l'avversario aveva il diritto di nominarne la metà o di ricusare alcuni di quelli nominati, e proporne altri. Se l' avversario contro cui si era giurato, ricorreva al giudizio di Dio e vinceva, allora ognuno dei congiuratori si trovava esposto a una pena, non per falso giuramento, ma per troppa credulità. Che solo *de credulitate* essi giuravano (Pardessus, Bethmann H., Sohm, Brunner, *Schwur*, 49, 59, Morpurgo, Pertile; ma secondo Cosack e Schupfer, *Leg. udin.*, II, 56, anche *de veritate*, della giustezza oggettiva dei fatti). Non davano un giudizio ma semplicemente attestavano sulla buona fede e veridicità del

(1) Loening, *Reinigungseid*, 1880; Gemeines, *Eideshilfe u. Eidhelfer der altdeut. R.*, 1848; Morpurgo, *Sui coniuratores. Arch. giurid.*, 1874; Cosack, *Eidhelfer des Beklagten nach altd. R.*, 1885.

giurante: il loro giuramento non era in alcuna diretta connessione collo svolgimento della prova, non essendo mezzo probatorio (Rogge), ma connettevasi all'istituto della vendetta privata ed era conseguenza di legami di famiglia e di solidarietà. Secondo i diritti germanici l'offeso poteva costringere l'offensore a comparire in giudizio per pagare una composizione o per sottomettersi all'ordalia. Se era colpevole, era abbandonato dai compagni, se innocente i parenti dovevano assisterlo. L'accusato presentavasi in giudizio circondato da persone pronte a sottomettersi al giudizio di Dio, invocanti la divinità sulla onestà del loro parente: e quanti più erano, tanto più probabile mostravano la vittoria, se si fosse venuti a conflitto, e quindi la ragione. Come i parenti di preferenza dovevano essere i compagni della faida, che insieme avrebbero combattuto, così dovevano essere i soci nel giurare (Rogge, Siegel, Waitz). — I parenti che si rifiutavano a essere congiuratori, dovevano manifestare la causa del rifiuto. Quest'istituto cominciò a tramontare in Italia dopo il sec. IX. Si mantenne più a lungo a Salerno; era combattuto dalle prove *per inquisit.* e per iscritto e dallo sfavore della Chiesa.

La più antica delle ordalie è il duello (1), usato tanto per le cause civili che per le penali, e specialmente per purificarsi dal sospetto di falso giuramento, per rafforzare un documento e per impugnare la bontà di un giuramento prestato. Da principio era diritto riservato solo ai liberi, ma poi fu permesso a tutti purchè di pari condizione; gli incapaci alle armi e le donne combattevano per rappresentanti. Non era ritenuto come un modo di farsi giustizia da sè in antitesi al regolare processo, ma era parte a questo sottoposta, e negli antichi tempi era il solo mezzo di prova (Loening), e mezzo principale di prova si mantenne nel diritto longobardo (Zorn), ma poi passò in seconda linea ed i legislatori cercarono di limitarne l'uso, lo tollerarono appena preferendo ad esso la prova testimoniale. I Franchi invece lo mantennero in vigore, la scuola pavese ne allargò l'uso, e autorizzò l'attore a provocare al duello il convenuto nei casi di omicidio, ingiuria, furto, azioni creditorie, azioni reali, contro le prove processuali addotte. Anche i Romani vi furono sottoposti per certe cause. Le Chiese volevano così risolvere tutte le loro cause possessorie (2). Tal mezzo di prova sebbene condannato dai papi, resistette perchè protetto dalla legislazione imperiale. Soltanto Federico II ne limitò l'uso permettendolo ai nobili quando mancavano di prove giudiziarie, e a tutti nel caso di lesa maestà, per l'enormità del delitto e in quello di assassinio quando l'accusatore non poteva completamente stabilire i fatti e per togliere ogni mezzo alla impunità ai reati ignominiosi. Soltanto doveva farsi davanti ai tribunali dei missi e dei conti palatini (Ficker). Scomparve alla fine del sec. XIII, perchè avversato dai Comuni come mezzo di prova eminentemente aristocratico.

Il campione nei primi tempi doveva essere un parente, appartenente

(1) Muratori, diss. 38, 39; Phillips, *Ordalien Verm. Schrift.*, I; Unger, *Gerichtl. Zweikampf.*, 1847; Dahn, *Gesch. d. germ. Gottesurtheile*, 1857; Gaudenzi, *Campione d'armi* nel *Dig. ital.*; Patetta, *Le ordalie. Studio di storia del dir. e di dir. compar.*, 1890.

(2) Salvioli, *Giurisd.*, II, 88-91.

alla famiglia di colui per cui combatteva. La sorte designava chi dei parenti doveva combattere. Non furono ammessi i campioni prezzolati (contro Siegel) che tardi (sotto Liutpr.). Ai poveri in Sicilia davasi il campione a spese pubbliche. Il duello era sempre introdotto con formalità; davanti al tribunale si purificavano le armi perchè non vi fossero sortilegi. I duellanti avevano il corpo protetto da cuoio e lana; dopo il secolo XII soltanto un guanto portavasi. Usavasi il bastone per gli inferiori, la spada pei nobili. Prima di battersi invocavano la testimonianza di Dio. Se vi era disparità di forze, facevasi la *coaequatio*. Negli statuti del sec. XIII sono prese precauzioni perchè i campioni non si accordassero coll'avversario per lasciarsi vincere. Se il campione moriva, chi l'aveva mandato doveva ai parenti il guidrigildo. Il perdente era punito col taglio della mano perchè spergiuro o con altre pene.

Le prove del fuoco, dell'acqua calda, della fredda, dei vomeri ardenti. del pane e cacio, si compivano alla presenza del sacerdote che pronunciava gli esorcismi. Furono usate fino al s. XII; ma sembra che mai o di rado siano state praticate in Sicilia (Lamantia). Il cristianesimo introdusse la prova dell'ostia (usata per es., da Enrico IV a Canossa); e simili modi di purgarsi la Chiesa usò a lungo nei suoi tribunali (1).

La prova *per inquisitionem* (2) consisteva in un inchiesta che il giudice moveva raccogliendo dagli uomini del paese e sotto giuramento notizie sul litigio, il che contraddiceva ai modi di prova formalisti dei Franchi. Era privilegio del fisco, poi fu estesa alle Chiese, alle vedove, agli orfani, ecc. Questa prova distinguevasi da quella per testi perchè non era mossa dalle parti ma dal tribunale che nell'interesse loro interrogava le persone più notevoli dal luogo, presumendole informate.

La prova per testimoni, mantenutasi di preferenza in Romagna, dove però erano parimenti praticati i sistemi Germanici delle ordalie, dei giuramenti di purificazione, ecc., non ebbe nel diritto germanico antico che un'importanza secondaria. I testimoni non erano in principio mezzi di prova per sè stanti, ma mezzi per arrivare alla prova; facevan parte di una procedura preparatoria, sulle cui basi e risultanze il tribunale riconosceva a una parte il diritto di affermare con congiuratori la propria asserzione (Sohm: contro Brunner e Zorn). Poi nel diritto longobardo sotto l'influenza romana, e quale novità dovuta al potere regio, furono largamente usati e divennero veri mezzi di prova dipendenti dai poteri discrezionali del giudice (Ficker), però sempre di prova formale, cosicchè la quantità e la qualità dei testi avevano la stessa importanza che la qualità ed il numero dei congiuratori. Presso i Longobardi ce ne volevano non meno di due; non giuravano (la *firmatio testium* col giuramento si introdusse nel sec. IX come obbligo anche per gli *homines credentes*). Non affermavano la sincerità delle parti ma quanto sapevano; si doveva esaminare la loro credibilità e l'avversario poteva di-

(1) Hildebrand, *Die purgatio canonica u. vulgaris*, 1841; Hilse, *Gottesurtheil der Abendmahlsprobe*, 1867; Patetta, p. 399.

(2) Brunner, *Zeugniss u. Inquisitionbeweis. Wien. Ak.*, 1866; *Entsteh. d. Schwurger.*, 84-127.

scuterli. Se i testi delle due parti erano discordi, uno per parte doveva combattere e così si decideva. Se convinti di falsità in seguito a giudizio di Dio, erano puniti. Potevano essere testi solo i liberi proprietarii che avevano tanto di pagare la composizione se convinti di falso. Si presentavano le parti assieme a persone che garantivano della loro moralità (*laudatores testium*); la prova per testi poteva sempre impugnarsi con un giudizio di Dio. Lo spergiuro fu comunissimo. Dai Capitolari risulta che si trovavan testi *pro unius diei satietate*. I signori facevan giurare altri in loro vece, e potevansi rendere impunemente spergiuri.

Provavano nel periodo longobardo-franco anche gli istrumenti pubblici e i notarili. Chi li presentava doveva giurare. Si potevano impugnare con testi e altre carte e con perizie.

296. Tutto il giudizio cadeva sulla prova, sull'esito del duello, dell'ordalia, del giuramento: che se ambo le parti avevano giurato, la sentenza era formata dal risultato dell'ordalia che riprovava detto giuramento e che rappresentava la verità formale. La sentenza era pronunciata quando le parti avevano promesso (con wadia, con giuramento, con fideiussori, ecc. Loening, Val de Lievre, Franken) di eseguirla. Risalendo nella storia della civiltà si vede che il giudice si limitava a dire il diritto e a conciliare le parti: la sentenza non si imponeva ai querelanti, ma doveva essere accettata da essi per divenire obbligatoria. La giustizia fra privati prima di dare commandi, dava consigli: e prima di divenire obbligatoria si passò per uno stadio intermedio nel quale si adoperò la forza pubblica per strappare un'acquiescenza ai ricalcitranti per mezzo di una coazione indiretta. Questo stadio coincide colla monarchia franca A ciò pure connettesi il fatto che le antiche procedure non ammettevano le condanne per contumacia. Perchè si sentenziasse era necessario che i comparenti si fossero e avessero manifestato solennemente (*per wadiam*) l'intendimento di sottostare alla sentenza e di eseguire il giudicato (1). Che se però il reo rifiutava il suo consenso, era messo fuori dalle leggi e sottoposto a confisca dei beni; come pure il condannato se non accettava la sentenza, andava in prigione, salvo sempre il suo diritto di attaccare la sentenza accusandola di falso (*blasfemare*) appellando al tribunale del re.

In Italia si usava, per queste ragioni, anche al sec. IX che la parte soccombente si obbligasse per mezzo di carta che conteneva il processo e la sentenza, a fare quanto imponeva la sentenza (Ficker, § 518): e ciò si praticò fino al sec. XIII. Anche allora la sentenza non era di natura declaratoria ma costitutiva, non ri-

(1) Esmein, *La chose jugée dans le dr. de la monarchie franque. Nouv. Revue hist. de droit*, XI, 1887, p. 545-556.

solveva una controversia ma creava uno stato di diritto che doveva entrare nel posto della questione, non decideva su quello che era stato, ma stabiliva quello che doveva essere (Siegel, Brunner). — La sentenza conteneva il verdetto degli scabini e l'ordine del magistrato di eseguire la sentenza e di dare cauzione intorno ad essa.

297 (Appello (*)). Caratteristici erano anche i modi dell'appello. Il condannato poteva *blasfemare judicium*, cioè dichiarare che dai giudici non era stato giudicato secondo la legge, che avevano cioè violato il loro dovere giurato, pronunciando ingiusta sentenza. Impugnare una sentenza era muovere un'azione contro il giudice stesso, azione che non poteva essere risolta che col duello giudiziario fra l'impugnante e il giudice. La parte avversaria non prendeva parte al nuovo procedimento: soltanto al giudicante spettava difendere la legalità del suo pronunciato. Un nuovo processo, coll'intervento della parte avversaria vincitrice e davanti a un'autorità superiore non facevasi, poichè non si presupponeva che il tribunale avesse erroneamente esaminata la cosa, ma ritenevasi che il giudice avesse voluto conscientemente pronunciare un'ingiusta sentenza. Insomma l'appello non era contro l'ignoranza ma contro il dolo del giudicante. Però l'appello per falsità nella sentenza e per violazione di legge non era aperto e possibile per ogni motivo e non era senza pericolo per chi l'intentava, poichè l'appellante se era riconosciuto nel torto, era condannato a una ammenda, e la sentenza che fino allora mancava di forza obbligatoria, diveniva definitiva: come per contrario se l'appello era ammesso, il giudice era condannato ad ammenda e la sentenza annullata: solo dall'ammenda sfuggiva, se giurava di aver giudicato in buona fede. Solo in tempi posteriori, venne in uso il ricorso a un tribunale superiore, a quello del re. Era un diritto di reclamo prima riservato alle cause del fisco e poi esteso a tutte (Sohm, Siegel). Allora caddero quei mezzi dell'antico diritto con cui si obbligavano i giudici, anche colla forza, a fare giustizia (Cohn), si riconobbe possibile l'errore del giudice, senza dolo, involontario, e si ebbero due gradi di giurisdizione, uno di seconda istanza davanti al re, ai messi o conti palatini, ai legati generali, le sentenze dei quali erano inappellabili. Solo l'imperatore in persona poteva annullare tutti i giudizii. — Queste idee che contrastavano all'ammissione di un regolare appello, dominarono lungo tempo nelle città italiane, ma non in Sicilia dove fin sotto i Normanni si ebbe un regolare sistema di appelli.

(*) **Bibliografia.** — Fournier, *Essai sur l'histoire du droit d'appel*, 1881. Sull'appello molte questioni sono dibattute fra Eichhorn, Walter.

298 (Contumacia (*)). Chi non compariva dopo tre citazioni senza giuste scuse, e chi respingeva l'esecuzione e dichiarava non volersi sottomettere alla sentenza, dicevasi contumace. Soltanto il convenuto poteva incorrere nel giudizio contumaciale: nel quale il giudice investiva l'attore con formalità simbolica dei diritti che reclamava (Ficker, Bethmann H.). Contro al contumace ponevasi sequestro giudiziario (*missio in bannum* a cui dopo l'anno e il giorno seguiva l'*infiscatio* mantenuta anche dalle Costituzioni sicule fino a un terzo dei beni), non pel rifiuto a comparire, ma per assicurare l'azione dell'attore: era una specie di *misso in bona* dell'*indefensus contumaciæ concedendæ et rei servandæ causa* del diritto romano (da cui però storicamente è distinta: Meibom). L'effetto di questo sequestro o *missio* era di non poter alienare e disporre in altro modo dei beni. Dopo il sec. IX in Italia si introdusse un istituto di origine romana, l'*investitura salva querela* per cui l'attore era investito dei beni fino alla soddisfazione del suo credito: ma intanto fino a un anno il diritto del citato sulla cosa non andava perduto, anzi se si presentava, era rinvestito nella cosa, garantito col banno fino a un nuovo definitivo giudizio. Il contumace nelle cause penali era forgiudicato escluso da ogni difesa e da chiunque poteva essere ucciso.

CAPO IV.

ISTITUZIONI PROCESSUALI DOPO IL 1200 (**).

299. Nel moderno diritto processuale ben poco sopravvive del procedimento germanico: esso invece è il prodotto di istituzioni romane che risorsero grazie alla scienza dei giuristi, che si perfezionarono sia pel naturale progressivo svolgimento, sia anche perchè i nuovi interpreti le fraintesero; e così fu loro possibile adattarle alle idee dominanti e metterle in armonia col mutato diritto pubblico e privato: infine uno dei principali fattori del moderno procedimento fu il diritto canonico. Grandi e continui miglioramenti portarono al procedimento civile e criminale l'esperienza e la pratica dei tribunali, la dottrina dei forensi, l'esempio delle legislazioni straniere e la cura dei governanti.

Le istituzioni processuali esercitate in Italia dal sec. XIII fino

(*) **Bibliografia.** — Mayer, *Strafverfahren gegen Abwesende*, 1869, pag. 48-127.

(**) **Bibliografia.** — Bethmann-Hollweg, Esmein, *Hist. de la procéd. criminelle en France*, 1882; Tardif, *Procéd. civile et crimin. au XIII^e et XIV^e s.*, 1885; Faustin-Hélie, 1, 163 segg.; Pertile, VI.

ai giorni nostri più si accostano al tipo romano che al germanico. Appena risorto il diritto romano, i glossatori con piccoli scritti cercarono diffondere quel procedimento che appariva più logico e più scientifico, e poichè quasi tutti erano giudici o podestà e usciti dalle loro scuole erano i capi dei Comuni italiani, ne venne che ben presto l'*ordo iudiciorum* sostituì nell'alta Italia e nella centrale le forme processuali germaniche — che non erano penetrate in Sicilia dove erasi mantenuto il procedimento giustinianeo, ed eran parzialmente comparse nell'Italia meridionale (1). Quest'*ordo iudiciorum* però non era mai tramontato in Occidente e nelle scuole se ne era avuto conoscenza anche prima del 1100; e inoltre ad esso era stato aperto il vasto campo dei tribunali ecclesiastici, dove senza distinzione di nazionalità solo il diritto romano era usato. E in questi però nemmeno si era mantenuto puro, ma disposizioni papali l'avevano fatto progredire, modificato, perfezionato; dimodochè i giuristi e i magistrati municipali volendo riprodurre l'*ordo iudiciorum* romano del loro tempo, quale cioè era già usato nei tribunali ecclesiastici, accolsero, quelli nei loro *Arbores actionum*, questi nella pratica delle curie cittadine, tutti quei perfezionamenti e modificazioni. La letteratura processuale dei sec. XIII e XIV rappresentata dagli *ordines iudiciarii* di Tancredi, Bulgaro, Pillio (cit. a pag. 97 e 100) e riassunta da Durante (§ 59) ebbe il merito di fecondare il vecchio procedimento romano colle innovazioni del foro ecclesiastico, di porre le regole generali per gli istituti dal diritto canonico formati, di elaborare le consuetudini processuali che collegavansi a pratiche germaniche mantenutesi dalla consuetudine nei tribunali delle città italiane (2). Così esaminando l'*ordo iudiciorum* romano che conobbero ed esposero i glossatori e i giuristi, si vede chiaro che essi ne ignorarono la evoluzione storica e la vera sua natura, lo svisarono completamente, mischiandovi istituzioni canoniche e germaniche, interpretandolo alla stregua delle istituzioni processuali del loro tempo. Il sistema delle *actiones* e la divisione del procedimento in due stadii non fu da essi compreso: la *litis contestatio* considerarono come atto delle parti che divideva in due la procedura; le *interrogationes in iure* scambiarono colle germaniche *positiones* e *responsiones* che sminuzzavano la lite in tante questioni: le regole per le prove che in diritto romano non avevano alcuna forza vincolante ma solo per esperimento si usavano, acquistarono per essi

(1) A Roma invece signoreggiò il procedimento germanico.

(2) Briegleb, *Gesch. d. execut. proc.*, 1845, § 6, e Wach, *Arrest proc.*, I, 225-223, dicono che il diritto processuale dei postglossatori e specie di Bartolo e Baldo risente viepiù dell'influenza germanica. Ciò è vero per alcuni punti, come per le prove.

e dopo essi, secondo il concetto germanico, il valore di formale confermazione della verità, onde il posteriore sistema fisso probatorio e la teoria legale delle prove (1). Ma nulla fu perduto in queste aberrazioni, quali si potrebbero chiamare da un punto di vista scientifico; imperocchè queste innovazioni furono applicate con tanta conseguenza, da esse furono tratti tali e importanti corollari, che la pratica processuale ebbe grandemente ad avvantaggiarsi.

300 (*). La Chiesa non aveva accolto la procedura germanica e anzi aveva condannato la procedura barbara e arbitraria delle corti feudali, a cui opponeva una sua unica per gli affari civili e criminali, non orale ma sempre scritta. La base di questa procedura era romana, ma più larga perchè il numero delle azioni non era limitato e si poteva agire anche se non esisteva speciale azione, come pure si potevano opporre tutte le eccezioni, una dopo l'altra, pria le dilatorie, poi le perentorie (il che però produceva lentezze interminabili). Era animata piuttosto da spirito di equità che da rigorismo formale, cercava piuttosto convincere il giudice colle ragioni, che renderlo spettatore di prove materiali, desiderava la rapidità nel giudizio, voleva la punizione immancabile senza scandalo, senza provocare discordie fra le famiglie. Da questi intendimenti derivarono: 1° una procedura logica e circondata di maggiori garanzie; 2° un sistema di prove non perfetto, causa i resti germanici che perdurarono, ma in complesso preferibile; 3° il processo sommario e il sommarissimo; 4° il procedimento inquisitoriale e segreto.

Inoltre la Chiesa rese scritto il processo, introdusse i cancellieri (1215); favorì la conciliazione raccomandando ai giudici conciliare le parti in ogni affare suscettibile di conciliazione (donde i preliminari della conciliazione moderna); introdusse il sistema delle comparse da scambiarsi fra le parti, degli interrogatorii, l'opposizione contro il giudizio (ignota al diritto romano e accettata dal diritto germanico che l'aveva in germe nel principio che nessuna condanna era definitiva pria della comparsa e difesa del convenuto, ossia pei canonisti pria della *litis contestatio* che non si aveva in mancanza del convenuto): ammise l'appello per tutte

(*) **Bibliografia.** — München, *Canon. Gerichtsverfahren*, 1874; Bouix, *De judiciis eccles.*, 1855; Gross, cit. a § 299.

---

(1) Müchel, *Verfahren bis zur Litiscont.*, 1870; Zimmermann, *Glaubenseid*, 1863, p. 166 segg.; Briegleb, *Summ. proces.*, 15; Gross, *Beweistheorie in canon. Proc.*, 1867, p. 67 segg.; Rau, *Archiv. f. civ. Praxis*, XXXVIII, 417.

le sentenze, lo pose su basi diverse dal romano, fondò la teoria per l'appello nelle interlocutorie, stabilì il principio che l'appello fosse devolutivo e sospensivo e regolò quando si potesse avere esecuzione provvisoria non ostante appello ed esecuzione; distinse i giudizii in preparatori e interlocutori e rese rare le condanne nelle ammende; accelerò il processo, abbandonando il forte formalismo dell'*ordo solemnis*, togliendo la necessità della *litis contestatio*, abbreviando i termini, sopprimendo certe formalità, introducendo la cosidetta massima eventuale, dando al giudice grandi poteri nella direzione e istruzione del processo. Esso mantenne la divisione del processo petitorio e possessorio, ma non conobbe la proibizione di cumularli, di unire cioè l'azione di rivendica a quella che tende a ricuperare il possesso; e per questo organizzò il *remedium spolii*, mezzo più energico degli interdetti romani, essendo accordato anche al semplice detentore, e l'attore essendo tenuto soltanto a provare la spogliazione, senza obbligo di provare la qualità del suo possesso. Nel diritto canonico la teoria romana della *restitutio in integrum* fu il punto di partenza delle azioni in nullità o in rescissione.

In quanto alle prove il diritto canonico prese dal diritto germanico un sistema probatorio che imponeva al giudice la sua convinzione. Così dicevasi la deposizione di uno non bastare: « *testis unus, testis nullus* »; solo due testi fan prova intiera, costituire un'unità legale, bilanciare l'autorità di un atto pubblico; quattro testi avere autorità superiore di un atto; il loro numero variare secondo la loro condizione (così anche Federico II) la prova essere fatta ed esistere indipendentemente dalla convinzione del giudice dacchè le condizioni prescritte dalla legge erano riunite; se i testi erano più di due e in disaccordo, allora dovere il giudice seguire quelli che credeva più sicuri; se erano due soltanto e in disaccordo, le loro deposizioni essere elise, ma se di diversa età e condizione, doversi seguire il più vecchio ed elevato. Ciò combinava colle idee germaniche sulle prove, con tutto il formalismo della vita giuridica medievale; si istituì un'aritmetica legale delle prove secondo la quale le prove valevano non per se stesse, ma secondo le persone che le fornivano; vi erano persone che valevano la metà o 1\4 di prova; la deposizione di tre donne valeva quella di due uomini. In ordine poi alla natura delle prove il diritto canonico produsse un rivolgimento. Furono a pochissime cause limitate le *purgationes vulgares* od ordalie; invece elevato in pregio il giuramento individuale (senza congiuratori) compreso quello *de calumnia;* ma sopra tutte le prove fu messa quella per testimoni e per documenti; e anche sopra questa andò la confessione: e fu il diritto canonico che organizzò una procedura particolare per ottenere

questa regina delle prove, procedura terribile consistente nell'inquisizione e nella tortura.

301 (Procedura inquisitoria (*)). Di regola nel diritto germanico muovere l'accusa, nelle cause criminali, e sostenere il processo spettava ai privati. Raramente i poteri pubblici potevano intervenire in modo efficace. Colui che era sospettato di un delitto, arrestato, doveva accettare l'inchiesta (1), cioè consentire e domandare anche di essere giudicato secondo le testimonianze raccolte dal giudice. Tal procedimento di officio usavasi nel caso di flagrante delitto, ma anche allora il giudice cercava nominare un accusatore. Tutto quello che poteva fare l'autorità di sua iniziativa era imprigionare il sospettato e tenerlo in carcere, facendo bandire l'arresto e invitando gli accusatori a presentarsi. Se questi non si presentavano, il sospetto doveva essere messo in libertà. Però il prigioniero poteva autorizzare il giudice a procedere d'ufficio, sottomettendosi all'inchiesta, consenso che dava per metter fine al supplizio della dura incarcerazione. L'autorità trovava in questo supplizio un mezzo indiretto ma energico per forzare l'incarcerato ad accettare l'inchiesta.

Invece nei tribunali ecclesiastici si era formata una procedura nuova non per gli elementi che la componevano, ma per lo spirito che la animava. La Chiesa fu la prima a passare dalla procedura accusatoria all'inquisitoria. Nei primi tempi la *denuntiatio* dei fedeli a cui seguiva la *charitativa admonitio* da parte delle autorità costituite, rappresentava un vero e proprio sistema accusatorio. Vi erano penitenze imposte dall'autorità e accettate dal delinquente (Renan). Nel corso del primo medio evo i vescovi usavano visitare una volta all'anno le loro diocesi per cresimare, correggere i fedeli e chi aveva commesso scandali: a questa giurisdizione dovevano i conti, secondo la legislazione franca, prestare il braccio secolare. Al IX sec. in questi giudizii detti sinodali si formò per opera della pratica un vero giurì di accusa. Il vescovo sceglieva fra i fedeli riuniti un certo numero dei più rispettabili (generalmente sette) e faceva loro giurare di rivelare tutti i delitti di cui avessero notizia e che erano di competenza dei sinodi. Se gli accusati si trovavano presenti e confessavano, il vescovo sta-

---

(*) **Bibliografia.** — Biener, *Beiträge zur Gesch. d. Inquisitionsprocesses*, 1827; Pertile, VI, 478; Faustin-Hélie, Esmein.

---

(1) Esmein, *L'acceptation de l'enquête dans la procédure crimin. au m. â. Revue général du dr.*, XII, 1888, 13-27; Zucker, *Aprise und loial enquête. Beiträge z. Feststel. d. hist. basis d. modernen Voruntersuchung.*, 1887, p. 85-111; Fournier, *Les officialités au m. â.*, 1880, p. 233.

biliva la pena; se negavano, si dovevano purificare come nei tribunali franchi laici, per giuramento se erano liberi, colle ordalie se servi: e a ciò costringevansi sotto minaccia di scomunica.

Questo giurì di accusa, fu copiato dalle leggi civili: i conti dovevano radunare gli uomini migliori e le denunzie giurate fatte dinanzi loro avevano le stesse conseguenze di quelle prodotte al sinodo: — e quando i missi furono istituiti da Carlo M. i due giurì di accusa dovettero funzionare di accordo, viaggiando assieme un vescovo e un conte. Il giurì di accusa non produsse risultati durevoli per la Chiesa nè pel potere laico, e non lasciò traccie che in Fiandra e in Normandia. Però la parte nuova e buona che portava con sè, l'*inquisitio*, durò e si affermò specie dal giorno in cui Innocenzo III proibì severamente la partecipazione del clero alle prove giudiziarie e togliendo così alle ordalie il loro carattere religioso, le abolì indirettamente, e nel loro posto consacrò il procedimento *per inquisitionem* (usato specialmente per le cause ereticali: *inquis. hereticæ pravitatis*), diverso dall'antica *inquisitio*, in quanto non richiedeva un giurì di accusa e permetteva al giudice quando non vi era accusatore, di muovere un processo contro una persona diffamata, di escutere testi e condannare infine: questa procedura divenne per disposizione del Concilio laterano, 1215, permessa a qualsiasi giudice. Essa aveva per punto di partenza l'*infamatio* cioè una *insinuatio* per fama pubblica, che accertata portava alla citazione dell'*infamatus*, al quale si communicava il titolo dell'accusa, i nomi e le deposizioni dei testimonii; ed era ammesso a scolparsi. Questo procedimento si svolgeva per iscritto, e le forme prescritte dovevano seguirsi con un rigore minuzioso: la minima negligenza importava la nullità in favore dell'imputato.

Quest'*inquisitio* passò dai tribunali ecclesiastici ai laici e qui pure sconfisse il sistema accusatorio e vi sostituì la *denunciatio* la quale segnalava la *diffamatio* per cui il giudice doveva agire. Il denunziante poteva essere parte del processo, fornire le prove (*inquis. cum promovente*) — nel qual caso la procedura era una accusa attenuata sbarazzata dall'*inscriptio in crimen*. Entrò prima nella pratica che nella scienza civile, i glossatori e i giuristi non approvandola perchè non la trovavano nel Digesto. In Sardegna (Carta de Logu) e in Sicilia (Costituz. sic.) apparve fin dal secolo XIII come un procedimento ordinario quando mancavano accusatori. I Comuni la favorivano come un mezzo per abolire il sistema del combattimento giuridico, di questa base della procedura feudale. La sua speditezza, prontezza e sicurezza la raccomandavano a quelle popolazioni che uscivano da un'anarchia morale e avevano sete di giustizia. Anche i giuristi dovettero riconoscere il fatto compiuto ed esporla sistematicamente. Roffredo se ne

consolava dicendo che la conosceva anche il diritto romano, Gandino anche il longobardo. Comunque fosse, Durante attesta che al suo tempo (seconda metà, secolo XIII) era completamente ricevuta per consuetudine in tutti i tribunali d'Italia. Palermo faceva eccezione, poichè le sue Consuetudini la vietavano. La sua comparsa però non distrusse del tutto il sistema accausatorio mantenuto in vita per le tradizioni romane, e che praticavasi ancora in epoca posteriore nei Comuni italiani, sebbene con parte secondaria: e Guido da Suzara e altri giuristi continuarono a sostenere la preferenza di quello e a restringere i casi e le condizioni per la *inquisitio*. Solo con Bartolo e Baldo la sua sfera di azione, nella scienza, fu allargata, e maggiori progressi fece il procedimento inquisitorio con Pietro de Ferrariis (1414) e con Angelo di Gambiglioni aretino (1437) che riconobbe al giudice piena libertà di *inquirere generaliter et specialiter* contro chicchessia. Anche al sec. XVI l'accusa trovasi praticata (Claro): però l'accusatore non figurava più da solo e la sua azione si esercitava in concorrenza con quella del giudice che riceveva le informazioni, esaminava i testi anche non prodotti dall'accusatore, mentre per l'addietro (al tempo di Bartolo) si assegnava all'accusatore un termine per agire, dopo il quale la sua azione non era più ricevibile, o il giudice si faceva dare dall'accusatore un' autorizzazione a procedere, una delegazione di diritto che non permetteva più a questo di intervenire (1).

Constatato il delitto, il giudice procedeva a un'*informatio* per stabilire la *diffamatio*, segretamente interrogava testi e redigeva la *charta inquisitionis* o *libellus criminalis*, atto di accusa che serviva di base al procedimento ulteriore. Allora si citava l'accusato, lo si carcerava: gli si comunicava il *libellus*. I testi si interrogavano in segreto, poi a lui si dava notizia degli atti del processo, delle risposte dei testi e poteva presentare altri testi e difendersi per mezzo di avvocati, che però non potevano assistere all'interrogatorio del prevenuto. In seguito la comunicazione fu sostituita dal confronto segreto e la procedura si chiuse sempre più nei terribili misteri dell'istruzione scritta che non ammetteva ricusa di giudice, produzione di testi giustificativi, comunicazione dei carichi. I giudizii soli, come in materia civile, dovevano essere pubblici. Ma poi anche questa garenzia scomparve. Accanto al procedimento ordinario, che fu riservato alle cause civili, si introdusse nel sec. XV uno straordinario che si applicò pria agli affari criminali importanti, poi si estese a tutte le cause di alto criminale, nel quale il segreto si manteneva in tutti gli atti dell'istru-

---

(1) Guazzini, *Tractatus de defens. inquisitorum carcerat.*, 1614.

zione e nel giudizio finale stesso; cosichè la pubblicità non esisteva più in materia criminale, anche per l'udienza (eccetto in Sicilia), se non a titolo di eccezione. Il giudice poteva applicare la tortura (e si cominciò nel sec. XIII, Zucker) per strappare una confessione, essendo questa superiore a tutte le prove.

Questa istruzione dei processi e persecuzione dei delinquenti fu affidata nelle città italiane a dei magistrati detti procuratori del fisco, avvocato di parte regia. Essi avevano anche una parte giudicante, che poi abbandonarono. La loro origine è longobarda (Pertile): nel sec. XII le città italiane usavano avere ufficiali sottoposti ai giudici criminali e incaricati di informarsi dei reati che avvenivano. Gli statuti conoscono dei *jurati contratarum, massarii* obbligati a raccogliere gli indizii, le prove e denunziare i colpevoli. Questi sono gli esordii del procuratore fiscale che nel sec. XVI esisteva in tutta la sua interezza a Milano, Roma, Napoli, Venezia col nome di *avogaria.* La quale però non è ancora un pubblico ministero: interviene solo per ricevere l'accusa quando il giudice ha iniziato il processo: non ha iniziativa, essendo ammessa, come lo sarebbe l'accusatore privato per proporre indizii, è parte nel processo solo quando questo istruito dal giudice ha dato risultati. Il moderno ordinamento del pubblico ministero è in parte prodotto esotico, specie di Francia, donde passò nel Piemonte. Di fuori venne l'uso che il fiscale o l'offeso provocassero il giudice a istruire un processo: essi davano gli indizii e il giudice assumeva le informazioni sulle quali il fiscale traeva le sue conclusioni. Tali sono le origini del moderno procedimento inquisitorio e di accusa pubblica nelle cause criminali.

302 (Procedimento sommario (*)). Parimenti canonica è la vera origine del procedimento sommario, sebbene non ignoto al diritto romano. La Chiesa usava nelle cause di fede far senza d'ogni rito, del libello, della contestazione di lite, ecc. e procedeva *simpliciter, de plano, sine strepitu et figura iudicii.* Poichè i riti ordinarii erano eccessivamente lunghi e intricati, nei tribunali civili questa cognizione sommaria, regolata definitivamente da una Clementina del 1306, entrò ben presto: e già praticavasi fin nel sec. XIII per certe cause fiscali o di poco valore, ma a poco a poco si estese a moltissime, e si finì col disporre che tutte si trattassero sommariamente e per tutte si usassero termini e forme sì

(*) **Bibliografia.** — Briegleb, *Einleitung in die theorie des summ. Proc.*, 1859; *Gesch. d. executiv. Proc.*, 1845; Wach, *Arrestprocess im geschichtl. Entwick.*, 1868; Lattes, 258; *Studi di dir. statut.*, I; *Il proced. somm.*, 1886; Pertile, VI, p. 594, 635; Kohler, *Zur Gesch. d. executor. Urkunden in Frankreich. Z. f. R.G.*, XXI, 1887.

abbreviate da ridurle nel fatto sommarie: e così la cognizione sommaria divenne il procedimento ordinario.

La cognizione sommaria si applicò a tutti i crediti risultanti da istrumenti pubblici, notarili, camerali e talvolta anche derivanti da scritture private; non solo coi vantaggi di conoscere la causa *de plano*, ma ancora e specialmente con quelli di una rapidissima procedura esecutiva, o d'arresto — la cui origine sta nel diritto di pignoramento che i Germani riconoscevano potere il creditore esercitare di propria autorità prima; con permesso del magistrato in seguito (§ 264). Al tempo dei Comuni si stabilì che questo permesso era superfluo quando il debitore aveva all'atto della formazione della scrittura accettato questa forma di procedimento e di esecuzione detta parata, cioè immediata, se non avesse pagato: e ciò in armonia al principio romano che la *confessio in jure* abbia azione analoga alla *condemnatio*. Il posto del magistrato fu preso dal notaio: e così agli atti da lui redatti fu attribuita l'esecuzione parata (istrumenti guarentigiati, camerali), ossia un'azione in forza della quale fatto un *mandatum de solvendo*, alla scadenza il debitore anche *sine oblatione libelli* era ritenuto confesso, e quindi condannato a pagare senza ulteriore procedimento. Questi sono gli antecedenti storici dell'esecutorietà dei documenti notarili, delle cambiali, titolo all'ordine, ecc. nei quali l'obbligazione è incorporata nella carta e appare liquida.

303 (Prove (*)). Le dottrine romane e la pratica canonica modificarono, ma molto lentamente, il sistema germanico delle prove. Lenta fu la transizione a un sistema probatorio più logico e perfetto, e per molto tempo le idee romane e germaniche trovaronsi accoppiate, se non di accordo. Le ordalie e il duello durarono in alcune città, fino al secolo XVI. Farinaccio credeva ancora alla efficacia del giudizio della bara, consistente nel far toccare il cadavere dell'ucciso dal presunto omicida, e nel vedere se dopo le ferite gittavano sangue. Al tempo di Claro si giurava per purificarsi nei processi indiziarii criminali. E in questi, ritenendo che la regina delle prove era la confessione, per strapparla si usava largamente la tortura, triste eredità del diritto romano, che passò in parte nelle leggi dei Germani che la ignoravano, e poi per opera della Chiesa e dei giuristi, divenne comune in tutti i processi criminali grandi e piccoli; fu disciplinata minuziosamente in leggi e

---

(*) **Bibliografia.** — München; Gross, *Beweislehre*, cit., § 299; Endemann, *Beweislehre*, 1860; Fessler, *Kanon. Proc.*, 1860; Molitor, *Kanonische Gerichtsverf. gegen Klericher*, 1856; Schrutka, *Rechtenstamm Zeugnisspflicht u. Zeugnisswang*, 1879; Pertile, Giuliani, *Vicende a cui soggiacq. le prove ne' crimin. giudizii fino ad oggi*, 1843; De Boys, citato a § 314, t. V e VI.

in libri, e durò a Napoli fino al 1738, in Lombardia fino al 1776, in Toscana fino al 1789, in Sardegna fino al 1827. A Beccaria spetta il merito dell'abolizione della tortura e del rinnovamento del sistema generale delle prove. Il quale era tutto basato sulla teoria delle prove legali, secondo cui non chiedevasi che il giudice fosse convinto, ma solo che avesse prove determinate e sentenziasse *secundum allegata et probata*. La procedura inquisitoria e segreta voleva come freno questa tirannia delle prove legali, le cui regole furono formulate dai giuristi italiani con straordinaria sagacia psicologica, i quali diedero la dottrina degli indizii, delle confessioni, delle presunzioni (Menocchio, Guazzini, Crusio), della confessione, essi trovarono la giustificazione alle massime che i testimoni valgono più di una prova scritta, che *unus testis, testis nullus*, che se sono due, uno almeno doveva essere oculare (Ziletti), che gli indizii si addizionano per dare condanna capitale, che *in atrocissimis leviores coniecturae sufficiunt et licet iudici jura transgredi*, che la deposizione di un nobile vale più di quella di un villano, quella di un uomo, più di quella di una donna, ecc.

Lo sviluppo della tortura era conseguenza del procedimento segreto. La sua impotenza a constatare i fatti con precisione in modo da produrre una convinzione reale, l'incertezza in cui teneva i giudici, l'insufficienza delle prove, rendevano essenziale la confessione. Il perno del procedimento era l'interrogatorio; se le arti, le insidie non bastavano, a tutto dovevasi ricorrere per avere la confessione, anche alla tortura. La confessione era la vittoria sul misfatto che bisognava a qualunque costo ottenere. — Per ordinare la tortura, un giudizio doveva precedere e doveva esistere almeno un principio di prova, anche un sol teste se l'accusato non era di buona fama. Si dava coi tratti di corda, col fuoco, a riprese. Nessuna eccezione, salvo per vecchiaia e malattia. Se l'accusato superava tutte le prove, non poteva essere punito di pena corporale, ma solo con pecuniaria, nè poteva essere torturato che per nuovi carichi. Nel sec. XVI cominciò la scienza (Ippolito de Marsilii, Claro, Guazzini) a combattere gli abusi della pratica, ma senza successo.

La prova per testimonii, racchiusa nei legami dell'inquisizione segreta, senza le garanzie della pubblicità, nota solo pel rapporto del giudice che riassumeva la deposizione, era distrutta nella sua essenza. Esprimeva quanto voleva il giudice e serviva a tutti i bisogni dell'inquisizione. Non si ebbero più che processi verbali: nessuna oralità. Il giudice si pronunziava sui documenti: se aveva dubbi nel segreto stesso dell'istruzione, li risolveva colla tortura. La difesa che conveniva solo sulle prove del processo scritto, era vana. Poichè tutto era lasciato all'arbitrio del giudice, le leggi e la dottrina cercarono vincolarlo colla teoria delle prove legali, con cui precisavasi anticipatamente il valore legale di ogni fatto, materializzavansi gli elementi del giudizio: si dettava al giudice la sua decisione indipendentemente dalla sua convinzione. Egli non era libero di apprezzare da se stesso le prove. Ma ciò non era una garanzia per

l'accusato. Si sostituiva la verità legale alla verità dei fatti e si toglieva alla difesa la garanzia che poteva trovare nella coscienza dei giudici.

304. Sebbene il procedimento civile italiano dopo il 1300 nessuna parte sostanziale nuova introducesse in confronto al diritto romano, tuttavia a tutti i meccanismi la scienza e la pratica portarono modificazioni e innovazioni rilevanti. Le teorie delle eccezioni (1), delle nullità (2), del diritto di intervento (3), del compromesso, delle sentenze arbitrali (4), delle interlocutorie della perizia, degli indizii, del notorio, delle posizioni (5), della contumacia, del mutamento di azione (6), delle moratorie, della competenza, della contestazione di lite, della riconvenzione (7), ecc., sono state elaborate dai giuristi dal sec. XIV al XVII e nelle Rote italiane. Negli antichi processualisti, civilisti o canonisti, trovasi la formazione di molti e importanti dogmi che ancora dominano nella moderna procedura.

Anche il processo civile era generalmente scritto. Le parti o i procuratori deponevano le deduzioni nel processo compilato da apposito avviso (attuario) e nasceva la sentenza senza aver visto il giudice. La citazione facevasi per decreto del giudice, giusta le idee romane e canoniche, le quali prevalsero anche in molti Cod. italiani moderni, di contro all'altro sistema (del Cod. francese, Due Sicilie, Parmense, Romano), che ammetteva la citazione per semplice mandato della parte. Se l'avversario non rispondeva, si aveva ciononostante contestata la lite e si procedeva *ad definitivam sententiam*, come nel foro ecclesiastico. L'appello nelle cause criminali era generalmente accolto con limitazioni e diffidenza; solo, per es., per le condanne capitali, a Venezia e a Milano (sec. XVI), non ammettevasi e concedevasi la grazia e il ricorso a nuove difese. Invece il rimedio di questa « necessaria e salubre triaca » (Baldo), era a Napoli largamente ammesso, salvo che pei grandi delinquenti, contro cui procedevasi *ad modum belli*. In Piemonte per le sentenze capitali eseguivasi la revisione d' ufficio. Anche nei Cod. moderni trovasi nelle Due Sicilie, a Roma, in Toscana,

(1) Albrecht, *Die Exceptionen*, 1835, pag. 109 segg.

(2) Skedl, *Nichtigkeitsbeschwerde in geschichtl. Entw.*, 1886.

(3) Weissmann, *Z. f. R. G.*, XIV, 1880; Sabbatini, *Intervento in causa*, 1889, 2ª ediz.

(4) « Homologatio laudi » Triani, *Studi di procedura*, 1884; Adam, *Civilproc. Zustandigkeits-Vereinbarung in geschichtl. Entw.*, 1888; Deyback, id., 1888.

(5) Zimmermann (nelle posizioni), cit. § 299; Strippelmann, *Sachverständigen*, 1858, p. 33.

(6) Schmidt, *Klaganderung*, 1888, p. 3-102.

(7) Vitali, *La riconvenzione in materia civile nella storia*, 1887.

a Parma, dichiarate inappellabili le sentenze criminali, salvo il ricorso a Supreme Corti di giustizia. A Modena invece si poteva appellare per titolo di nullità e ingiustizia. Nemmeno la maggiore latitudine accordavasi all'appello civile; in Sicilia era vietato l'appello dove sulla questione appellata fossero cadute tre uniformi sentenze: allora avevasi il *perpetuo silenzio* che toglieva ogni cavillo forense e a cui dovevasi prestare piena fede, se era invocata dalla parte. In molti casi era ammessa la revisione: contro le sentenze interlocutorie e per gli atti di procedura o disposizioni dei primi giudici davasi il rimedio del gravame al tribunale superiore. In Piemonte si ricorreva al principe con supplica. Le Ruote, i Senati, le Consulte (di Firenze), i Consigli (di S. Chiara, a Napoli), questi grandi poteri che lambivano i confini della legislazione, erano tribunali di appello.

I modi di procedere in vigore fino alla pubblicazione dei codici moderni erano i seguenti: 1° procedimento sommario; 2° modo palatino ossia *vocata parte* per le tenui e semplici, od *ex abrupto* nelle gravissime cause criminali cioè senza forme; 3° modo *visione scripturarum* ossia per via di effetto, perchè imploravasi il giudice ad effetto di dichiarare la forza dell'atto in corrispondenza della legge; 4° per via di cedola, di ingiunzione, di informazione o di supplica.

Del giuramento (1) fecesi straordinario abuso: si giurava pei fatti proprii e per gli altrui, i figli pei padri: si ebbe il decisorio, il necessario, che dividevasi in suppletorio e purgatorio, l'estimatorio, il revisorio, il volontario: poi quello generale e speciale *de calumnia* (v. § 294), quello *credulitatis*, *scientiæ*, *de veritate dicendæ*, *malitiæ*, *perhorrescentiæ* per ricusare il giudice, *manifestationis* nella redazione degli inventarii, *diffessionis* nella presentazione di istrumenti, *editionis*, *minorationis*, *quantitatis*, *dandorum et respondendorum* sugli articoli, *paupertatis*. Parecchi sono di origine germanica, altri romana: molti ebbero estesa applicazione nei tribunali ecclesiastici. Fu qui che Gregorio IX ordinò il purgatorio obbligando a prestarlo anche i rei, quando non vi fossero tali indizii da potere ricorrere alla tortura; giuramento che poi passò nei tribunali laici, dove durò finchè Leopoldo di Toscana e Giuseppe II non l'abolirono. Dal sec. XVIII comincia specialmente nei filosofi (Kant, ecc.) l'avversione ad ogni forma e qualità di giuramenti, avversione vecchia che avevano avuto anche gli antichi padri della Chiesa.

Anche nell'esecuzione delle sentenze appare palese l'azione delle idee romane, e ciò a proposito della cessione dei beni, che facevasi in pubblico, con forme che rendevano ridicolo il cedente (2),

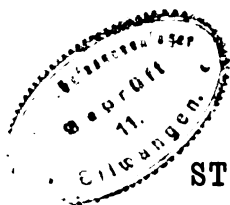
---

(1) Strippelmann, *Gerichtseid*, 1855; Zimmermann, cit. § 299; Walter, *Manifestationseid*, 1859, § 2-11; Goepfert, 1883; Pertile, § 227; Pierantoni, 1883.

(2) Flandina, *Arch. storico siciliano*, 1887.

espediente con cui temperossi il rigoroso diritto antico contro i debitori insolventi, e così sorsero una legislazione rigorosa ovunque, mite a Venezia sui falliti, e una dottrina (Rocco, Stracca) e pratica sul fallimento (1), sulle moratorie, sui concordati, sui sindaci, l'inventario, la verifica dei crediti, la distribuzione delle somme, i salvocondotti, l'esigibilità dei crediti a termine, sul periodo sospetto o preparatorio al fallimento, nel quale gli atti del debitore, per estensione della Pauliana, erano riputati fraudolenti senza bisogno di prova. Il fallito sempre arrestavasi: ma nello stesso tempo che volevasi reprimere la frode, cercossi non nuocere agli interessi dei creditori. Tutto il moderno diritto del fallimento si è sviluppato dalla pratica e dottrina italiana; la pratica però collegasi alle forme della procedura esecutiva germanica, basata sul sistema del pignoramento, che eseguivano i creditori contro il debitore fuggiasco e l'eredità insolvente (Fuchs, Stobbe).

---

(1) Fuchs, *Statut. italic. ad processum concursus credit. pertin. collectio*, I, 1865; Thaller, *Des faillites*, 1887, I, p. 1-124; Renouard, *Traité des faillites*, I, pag. 20, segg.; Stobbe, *Gesch. d. alter. deut. Koncursproc.*, 1888; Lattes, *Il fallim. nel diritto comune e nella legislazione bancaria veneta*, 1880. — Giuristi antichi Bruno, *De cessione bonor.*; Caroccio, *De excuss. bonor.*

PARTE SESTA

STORIA DEL DIRITTO PENALE

CAPO I.

IL DIRITTO PENALE NEL PERIODO GERMANICO (*).

305. Nelle leggi germaniche, meglio che nei documenti del diritto romano, trovasi rappresentata l'evoluzione che nelle società umane ebbero i concetti del reato e della pena e gli istituti che vi si riferiscono; ossia esse dànno la riprova di quello che i recenti studii di sociologia hanno provato essere avvenuto nelle primitive società, e delle diverse fasi che ha attraversato il diritto penale, da quando il reato era riguardato come offesa privata che suscitava sentimento di vendetta in chi la pativa, così che l'offensore non avesse a temere altro danno se non quello che gli potesse venire da chi aveva offeso, alla seconda fase in cui i poteri pubblici intervengono a regolare questa vendetta, a disciplinarla, a proporne la sua conversione in un indennizzo pecuniario da pagarsi dall'offensore all'offeso, e poi alla terza, in cui la pena va assumendo carattere pubblico e di espiazione, e diviene pena corporale, e infine alla quarta ed ultima, in cui il reato è riguardato come violazione del diritto sociale, e la pena come pubblica soddisfazione a questa violazione, nel nome della giustizia e per migliorare il reo (Post, Spencer, Bernhöft per Roma).

La prima forma in cui si manifestò il diritto penale germanico fu quella di vendetta o *faida*, *inimicitia* (1) che produceva uno

---

(*) **Bibliografia.** — Wilda, cit. § 4; Grimm, 622-744; Tittmann, *Gesch. d. deut. Strafgesetze*, 1832; Kostlin, *Z. f. d. R.*, XII e XIV; *Gesch. d. deut. Strafgesetze*, 1859; Geib, *Lehrb. der deut. Straf.*, I, 151-364; Osenbrüggen, *Strafg. d. Langob.*, 1863; Blandini, *Delitto e pena n. leggi langob.*, 1890; Bar, *Gesch. der deut. Strafr.*, 1882; Boys, *Histoire du droit criminel; Période barbare*, 1865; Thonissen, *Organis. judiciaire et droit pénal de la Loi Salique*, 1881; Brunner, §§ 21 e 22; Glasson, III; Walter, Schroeder, Pertile, V.

---

(1) Del Giudice, *La vendetta nel diritto longobardo*, 1876; oltre gli antichi Wächter, 1845, Maurer, Rogge e Siegel, cit. a § 288; Frauenstadt, *Blutrache*, 1881; Dahn, *Fehdegang*, 1877; Koenigswarter, *La vengeance et les compositions*. *Revue de législation*, 1842.

stato di guerra fra l'offeso e la sua famiglia da una parte e dall'altra fra l'offensore e la sua famiglia, amenochè questa non avesse escluso dal suo seno il reo. La vittima di un'infrazione che non si incontrava in penalità, aventi carattere religioso (§ 306) poteva a sua scelta riconciliarsi coll'offensore o farsi giustizia da sè colle armi, colla guerra privata assieme ai suoi, oppure ricorrere alle vie giudiziarie; solo per gli omicidii la faida era obbligatoria pei figli e parenti dell'ucciso, faida che poi si componeva pagando una somma a soddisfazione verso l'intera famiglia. Tanto nella riconciliazione, quando nella faida, la *civitas* non aveva alcuna partecipazione; e gli indennizzi pagati dividevansi fra la vittima e i facienti parte della famiglia non in parti eguali, ma secondo l'ordine della parentela, misura che parimenti usavasi nel ripartire fra i parenti dell'offensore il soddisfacimento della composizione (1). — La faida era conseguenza della rottura della pace fra due gruppi famigliari, e tutti gli atti che l'accompagnavano, uccisioni, ferimenti, erano non solo impuniti, ma permessi e leciti di fronte al diritto, poichè il *faidosus,* colui che aveva provocato la faida, era regolarmente fuori della pace; e l'offeso e la sua famiglia avevano il diritto di prendersi quella soddisfazione che volevano su lui e sui suoi parenti che non lo ripudiavano ma l'appoggiavano, senza che fossero tenuti a proporre accordi e paci od avvertire della dichiarazione di inimicizia (contro Siegel). Erano però stabiliti i casi in cui potevasi esercitare la faida, diritto sempre dell'offeso e dei suoi, mai dell'offensore (Brunner); ed erano quelli dei reati contro le persone e l'onore (adulterio, il ratto), non di quelli contro i beni. Anche nell'esercitarla eravi una certa regola, quella cioè del taglione (2), cosicchè un omicidio poteva essere compensato con un omicidio, ma non una ferita con un omicidio, nè l'uccisione di un servo con quella di un libero, e tal sproporzione avrebbe autorizzato l'offensore a rivalersi promovendo per conto proprio la faida. Parimenti il faidoso non poteva uccidere per difendersi, e se l'avesse fatto avrebbe aggiunto nuova nimicizia alla vecchia.

La vittima, invece della faida, poteva ricorrere all'assemblea giudiziaria, e allora l'oggetto della sua domanda come del giudizio non era la punizione del reato, ma il pagamento di una *compositio* fissata dalla consuetudine che si soddisfaceva con animali. Se il reo rifiutavasi a pagarla, allora l'assemblea riguardava l'offesa come fatta a sè, e metteva il reo fuori della legge. Se invece pagava, allora alla *civitas* toccava una parte della composizione

---

(1) Brunner, *Wehrgeld u. Sippe;* Salvioli, *Responsab.*, cit. § 22, 168.

(2) Günther, *Die Idee der Wiedervergeltung in d. Gesch. d. Strafr.*, I, 1889; Osenbrüggen, *Die Talion. Z. f. d. R.*, XVII.

(*fredus* o pace) come prezzo della pace. La *compositio* consisteva in una semplice soddisfazione per riscattare il diritto di vendetta, valutata secondo il grado, l'età e il sesso della persona (guidrigildo) se trattavasi di un omicidio; imperocchè nel diritto germanico antico e medievale ad ogni persona era stabilito il suo prezzo.

306. La messa fuori della legge era la grande pena pubblica, ed era parte di un sistema religioso (sacrale) di diritto penale che trovasi presso i più antichi Germani. Essa importava esclusione dalla comunione del diritto e della pace, faceva *exlex*, recava l'inimicizia, la *faida* non della famiglia solo ma di tutto il popolo; quindi colui che vi incorreva poteva essere impunemente ucciso da chicchessia, da nessuno poteva essere raccolto, nudrito; perdeva i suoi diritti sulla terra, non aveva più famiglia nè *sippe*, era riguardato come lupo (*wargangus*), tutto quello che possedeva, cadeva alla *civitas*, salvo la *compositio* che si pagava all'offeso; era il banno perpetuo, la schiavitù, la morte. Poteva avere però un termine; e questo, se il reo si riconciliava coll'offeso od accettava la sentenza del tribunale. — La messa fuori della legge è il principio da cui derivarono le pene pubbliche corporali nelle società germaniche. Essa difatti stà storicamente connessa colla pena di morte, inquantochè per le sue conseguenze può essere ritenuta equivalente a una condanna capitale pronunciata da un tribunale che mancando di proprii e speciali organi esecutivi, ne affidava l'esecuzione a chi se la voleva assumere, specialmente se il reo si fosse colla fuga sottratto alla sentenza. Che se restava, la perdita della pace si convertiva immediatamente in una sentenza capitale, amenochè non si riscattasse pagando la *compositio*. La perdita della pace o messa in bando e conseguentemente la pena di morte era senza altro pronunciata per certi reati aventi carattere pubblico o religioso, reati che volevano un' espiazione verso la divinità. Il reo era allora una vittima sacrificata ai numi, e la pena di morte assumeva carattere sacrale, talmente che appena si può riscontrare in essa l'azione punitiva del potere pubblico. Questa pena fu però la base di sviluppo di un vero diritto penale.

307. Queste erano le consuetudini dei Germani al tempo di Tacito. Le invasioni e la conversione loro al cristianesimo modificarono grandemente il diritto penale di queste popolazioni, senza però che di tosto si mutasse la base sua, quella cioè che il reato era riguardato come affare privato che provoca la inimicizia dell'offeso. La grande innovazione di questo periodo consistette in ciò, che i poteri dello Stato essendosi molto rafforzati cercarono intervenire fra offensori e vittime, anche non chiamati, disciplinare le inimicizie, limitarle e anche vietarle, e fondare un sistema penale sul pagamento di somme, su composizioni pecuniarie. Questo

sistema era usato anche dalle popolazioni dell'impero romano e la Chiesa lo preferiva alle pene capitali comminate dalle leggi (1); talchè uno dei primi effetti della conversione fu l'abbandono dei sacrifizii umani che è quanto dire della pena di morte, e la fine del sistema sacrale di pene. Sotto l'azione della Chiesa le transazioni erano divenute frequenti fra i Romani; se ne incaricavano i vescovi in persona; la Chiesa era contraria a tutte le pene corporali, specie a quella di morte; e sforzi continui fece per sostituirle colle composizioni e colle penitenze (2). Per tal modo quel sistema che era sussidiario, accessorio nel diritto primitivo, divenne il sistema penale fondamentale consacrato dalle *Leges barbar.*

Al tempo della redazione delle leggi il reato contro lo Stato e il re, il tradimento, la fuga portano con sè la pena di morte, come vera pena pubblica; ma quelli contro l'integrità delle persone e la proprietà non escono dalla cerchia delle offese private e producono, come pel passato, la faida. Soltanto il diritto della vittima a trarsi quella vendetta che vuole, è subordinato all'azione del tribunale che prima deve esaminare la questione, e in seguito obbligare il reo a riconciliarsi coll'offeso pagando la composizione stabilita pel reato, minacciandolo della perdita della pace pubblica, se non accetta il giudizio. Il diritto della faida senza essere nelle leggi espressamente vietato o permesso, era però in pratica e per opera del potere regio, grandemente ristretto; concedevasi solo per pochi reati e solo contro l'autore, non contro la famiglia. I legislatori Longobardi lo combatterono espressamente, propugnando in sua vece il sistema delle composizioni (Del Giudice); più ancora fecero i Carolingi cercando di costringere l'offeso ad accettare la composizione, e lo stesso fece la legislazione imperiale. A questi sforzi si associò la Chiesa e sebbene tutto ciò non facesse scomparire interamente il male che era profondo, radicato nella società medioevale e nelle stesse popolazioni romane, tuttavia il sistema delle composizioni che era il legale, divenne anche il normale.

Appunto per togliere i motivi delle faide, le leggi germaniche fissarono minutamente le forme delle composizioni e con tale abbondanza di casistica che quelle leggi si sono definite « tariffe penali ». Le composizioni erano fissate dalle leggi secondo un certo sistema e non all'azzardo (3); erano diverse per ogni caso, per

---

(1) Esmein, *Sur quelques lettres de Sidoine Apollinaire. Revue général du droit*, IX, 301; *Mélanges d'hist. du droit*, 1886, p. 361; Abegg, *Einfluss d. Kirche auf Sühne bei Todtschlag. Z. f. R. G.*, VII, 259.

(2) Fustel De Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, 470 e segg.

(3) Wilda, Thonissen, o. c., Gaupp, *Ueber das Wergeld u. Bussensystem d. alten lex Fris.*, nei suoi *German. Abhand.*, 1853, p. 1-27;

ogni ferita, deturpazione, offesa, ecc., alla donna, al fanciullo, al chierico, al vescovo, all'uomo del re, ecc., dovevansi pagare in speciali misure, secondo quanto ciascun d'essi era apprezzato, cioè secondo il suo guidrigildo, che variava anche secondo la nazionalità e secondo le circostanze aggravanti che accompagnavano il reato. I servi non avevano guidrigildo, ma erano valutati come cose.

Pei reati contro la proprietà si innovò pure: il delinquente doveva pagare la composizione e così estingueva il diritto della vendetta privata, poi il *fredo* al tribunale, poi restituire la cosa e pagarne il valore e anche gli interessi moratorii (*delatura* nella *Legge Salica*). Che se la pena non era soddisfatta, i Longobardi applicavano al ladro prima la pena di morte, poi sotto Liutprando l'incarceravano e lo bollavano in fronte; il che mostra l'evoluzione che si andava svolgendo entro il diritto penale, accostandosi anche i Germani a riguardare il furto come reato pubblico.

Quest'evoluzione si affrettò in Italia sotto i Longobardi e si accrebbe poi e si estese a tutto il mondo germanico sotto i Carolingi. Causa i grandi poteri che aveva il re sulla vita e i beni dei suoi sudditi, egli puniva in via straordinaria i rei senza tener conto delle disposizioni legali, e applicava pene di diritto regio che erano la morte, il banno, il taglio della mano, la confisca dei beni, la prigione, ecc., anche in quei casi in cui secondo la legge potevasi tutto risolvere pagando la composizione. I re longobardi stabilirono pene pubbliche e soppratutto la pena capitale in alcuni casi che prima non erano che affari di famiglia come se una moglie uccidesse il marito, e nella bigamia, e quando certe composizioni non erano pagate; e pene corporali, come privazione di libertà, trovansi comminate per altri reati e pel non pagamento di minori composizioni — sebbene non spoglie del carattere di soddisfazione data alla famiglia (Osenbrüggen, p. 30). Contro gli schiavi poi le pene pubbliche divennero, si può dire le ordinarie. Sotto i Carolingi il carattere sacro della monarchia concorse a sostituire lo Stato alla vittima e alla sua famiglia e a presentare il reato come offesa pubblica, come a elevare la pena a scopi di emenda (il che aveva già intuito Rachis). A Carlo Magno apparve perfino la teoria dell'assoluta giustizia la quale riconosce nell'offesa del diritto la ragione della pena e nella conservazione dell'ordine pubblico lo scopo della pena, l'altra della proporzionalità delle pene. Secondo i suoi concetti non solo la vendetta che egli vietò, ma anche la composizione dovrebbero essere banditi per dar posto alle

---

Woringen, *Beitr. z. Gesch. d. deut. Strafr.*, I, *Ueber das Compos. Wesen*, 1836; Gaudenzi, *Misura d. composiz. Rivista penale*, XVII; Fustel de Coulanges, *Hist*, p. 471-506.

pene pubbliche, che difatti più frequentemente s'incontrano nei Capitolari. Però siccome tutte queste riforme si connettevano al principio dell'autorità regia, così non ebbero fissità, nè coerenza, e i Capitolari non presentarono una teoria sugli elementi del reato, sul dolo, sul conato, sulla complicità, ecc. Solo si constata che il reato cessa di essere affare privato per divenire offesa alla pace del re e della Chiesa, offesa che il re deve reprimere, e che la pena è mezzo per assicurare la pace pubblica e la giustizia di Dio sulla terra.

308. La via aperta dalla legislazione longobarda e franca per la formazione di un diritto penale pubblico fece ulteriori progressi colle leggi imperiali sulle paci che fanno riscontro alle prescrizioni della Chiesa intorno alla tregua di Dio (1). Con esse cercavansi restringere i casi in cui si potesse ricorrere alle armi per farsi giustizia da sè, reprimevansi gli atti che turbavano la sicurezza delle persone e degli averi. Il diritto penale di questo tempo non considera piucchè le singole azioni criminose, ciò che turba la pace comune, l'ordine, la sicurezza interna, che è còmpito del potere supremo tutelare; e dei reati comuni preferisce occuparsi del parricidio, veneficio, delitti di lesa maestà. La faida non era vietata, ma sottoposta a certe formalità (un solenne preavviso *diffiduciare:* Federico I, 1187), e collegata alla presupposizione che la vittima avesse indarno interpellato i tribunali. Contemporaneamente si esclusero dalle faide certe persone e luoghi, i chierici, i pellegrini, i mercanti, i coloni, le Chiese, le grandi strade; si distinsero le faide contro le persone da quelle contro le cose, limitando gli atti contro queste (Kluckhon); si limitarono i periodi dell'anno in cui potevansi fare. Gli atti di faida compiuti fuori dell'osservanza di queste disposizioni, erano puniti come altrettanti delitti: per le violazioni delle paci si incorreva in pena pubblica. Tuttociò era inteso a rafforzare la potestà punitiva dello Stato e a obbligare le vittime a invocare l'appoggio dei tribunali. L'ordinarsi poi dei tribunali feudali servì pure a sviluppare una vera giustizia penale di Stato: ma nei disordini politici che seguirono la caduta dei Carolingi, spesso tale giustizia era oscurata, e specialmente i potenti non ascoltavano la voce della legge e preferivano farsi giustizia da se stessi. Solo quando le autorità costituite erano forti, usavano far giurare agli offesi e agli offensori di vivere in tregua per un determinato tempo, fino al giudizio.

309. Molta varietà regna nelle leggi germaniche sulla figura dei reati, il mandato, il conato, ecc. (Wilda), le circostanze aggravanti, ecc.

(1) Su queste leggi Weinhold, 1864; Schierlinger, 1877; Waitz, VI, 419.

L'istigatore e l'agente erano in alcune leggi eguagliati nella pena, secondo altre quegli punito meno di questo, e restava impunito se l'agente poteva essere tratto davanti ai tribunali. Nella sedizione l'istigatore era punito più forte che i complici. I *conscii*, *adjutores* non incorrevano che nella *compositio*, qualche volta solo nel fredo, quella andando a carico dell'agente principale se era in grado di pagarla; sempre però la loro pena era minore. Il *fautor*, come il ricettatore (*hospes*, *receptor predonum*), era punito. Il tentativo se non produceva conseguenze in sè punibili, era per lo più impunito, eccetto che nei reati contro le persone. Invece gli atti colposi che avevano avuto conseguenze disgraziate, erano puniti come se commessi con dolo, dove coll'intera composizione, dove con minore. Circostanza aggravante si aveva quando il reato era commesso in luogo chiuso nella casa della vittima di notte, con recidiva, se l'offeso era lontano per servizio del re (1).

CAPO II.

IL DIRITTO PENALE DOPO IL SECOLO XIII (*).

310 (Influenza della Chiesa (**)). Il diritto penale che dominò in Italia e in Europa nel medio evo e nei tempi moderni dopo il sec. XIII è opera della scienza romanistica in parte, ma ancora delle condizioni politiche sociali. Le grandi innovazioni però in confronto del diritto germanico erano state preparate, fin sotto i Longobardi e i Franchi dalla Chiesa la quale aveva il suo diritto penale che applicava nei suoi tribunali, sotto le sue sanzioni spirituali. Nelle visite sinodali che i vescovi facevano attorno le diocesi (Dove), interrogavano sui reati commessi, e anche contro

(*) **Bibliografia.** — Ulloa, *Studi sul diritto penale italiano antico* negli *Annali di diritto* di Capuano, Napoli 1855 e nella *Gazzetta dei tribunali di Napoli*, 1857-59; Crivellari, *Il dir. pen. nella repub. Veneta. Arch. Giurid.*, V, 473-493.

(**) **Bibliografia.** — Eichhorn, § 105, 106, 180: Du Boys e Abegg, cit. § 305-6; Eck, *De natura poenarum sec. j. can.*, 1860; München, *Kanon. Gerichtsverf. u. Strafrecht*, 1865; Katz, *Ein Grundriss d. kan. Strafr.*, 1881; Loening, Bar, p. 71-86; Huc, *Revue de législ. fran.*, XIII, p. 463; Pertile, V, § 167; Pessina, *Svolgim. stor. d. dottrina della espiazione.* Opuscoli, p. 13 segg.

(1) Ricordiamo qui alcune opere che possono essere consultate anche pel periodo seguente: Osenbrüggen, *Theilnahme am Verbrechen Z. f. d. R.*, XVIII; Levita, *Recht d. Nothwehr*, 1856, p. 64-158. Sull'imputabilità Trummer, 1844. Sulle ingiurie Kostlin, *Z. f. d. R.*, XV; Wallenrodt, *Z. f. R. G.*, III; Benevolo, 1887. Sul furto Kostlin, *Krit. Ueberschau*, III. Sull'omicidio Allfeld, 1877. Sull'adulterio Rosenthal, 1880; Bennecke, 1884. Sul duello Gelli, 1888. Sull'eresia Ficker, *Mitth. d. oesterr. Inst.*, I. Sulle stregonerie Michelet, Wächter, Soldan, *Gesch. d. Hexenprocesse*, 1882.

quei colpevoli che erano già venuti a transazione colle vittime o erano stati giudicati dai tribunali pubblici, infliggevano pene o piuttosto penitenze, di ordine spirituale, come la scomunica, l'interdetto, la sospensione delle funzioni sacerdotali, il digiuno, l'elemosina, i pellegrinaggi : per assicurare le quali talvolta decretavano la detenzione a tempo o a vita in un monastero. Mai pene corporali con effusione di sangue (*ecclesia non sitit sanguinem*); e d'altronde essa non avrebbe potuto pronunciare pena di pubblica esecuzione, come la galera, il marchio, la fustigazione, ecc., che erano di competenza dei tribunali laici. Così mentre questi o risolvevano i reati come affari privati e per mezzo di composizioni in denaro o infliggevano pene severissime, la Chiesa mutò la natura della pena, dandole un fine morale, l'espiazione, la riparazione, la riconciliazione del colpevole colla divinità e sussidiariamente quello di incutere un salutare timore negli altri. Tale è il carattere delle penitenze, le pene della Chiesa che devono essere *medicinales*, cioè salvare l'anima del reo, e che sono minutamente stabilite per ogni reato, colpa o trasgressione nei libri penitenziali. Erano un supplemento all'insufficienza del guidrigildo e delle punizioni pecuniarie ed erano una prima applicazione del principio dell'eguaglianza di tutti davanti la legge. Ciò ancora che distingueva il sistema penale della Chiesa, era la competenza del giudice per apprezzare non solo l'atto esterno, ma la volontà intima, ed era anche la sottomissione spontanea del colpevole alla penitenza. Inoltre esso aveva disciplinato in un modo superiore, in confronto ai Germani, le norme sulle circostanze aggravanti od attenuanti, sugli elementi che qualificavano un reato, ecc.

Queste idee passarono lentamente anche nella pratica secolare. L'esempio dei tribunali sinodali ispirò spesso i legislatori: poi dopo il sec. IX venne l'esempio dei tribunali signorili tenuti dai vescovi e verso il mille quello degli ecclesiastici. Inoltre vi erano casi in cui davanti all'applicazione della pena della Chiesa, non più irrogavasi la pena pubblica: e ciò avveniva quando un colpevole aveva invocato il diritto di asilo entro le mura di un luogo sacro. Se ciò lo salvava dalla pena corporale, la pena ecclesiastica gli era sempre applicata.

311. Quando le istituzioni municipali apparvero già fondate, nell'interno delle città rivelossi un contrasto fra le antiche abitudini di faide private e l'autorità pubblica che le voleva distruggere e voleva difendere l'ordine e la pace. Al principio del sec. XIII — non tutte le città potendo fare come Federico II in Sicilia che puniva di morte chi moveva guerre private, — le autorità cittadine dovettero limitarsi a disciplinare le inimicizie o *vindictae*, concedendo licenze per esercitarle, restringendole ai parenti pros-

simi, vietando qualche fiata andare sino all'omicidio, volendo che si preavvisasse il reo con pubblica sfida, autorizzando questo ad armarsi e fortificarsi in casa se la briga era ingiusta e qualora non preferisse provare la sua innocenza davanti al tribunale. In tutto ciò è riprodotta la legislazione imperiale del secolo XII. In quel tempo certe leggi (Firenze) ammettevano che la condanna non estinguesse l'azione della vendetta, che doveva solo essere *competente*, ed era lecita ammenochè non si fosse fatto la pace. Ma in seguito cresciuta la forza dei poteri pubblici, ordinati i tribunali, si presero provvedimenti per combattere sifatte violenze e far valere la giustizia dei tribunali. Il che non era agevole ostandovi l'educazione e le tradizioni. Imperocchè, anche dopo che si erano inflitte ed eseguite le pene, gli offesi non erano soddisfatti e per sentimento di onore e di vendetta essi stessi volevano prendersi ulteriore soddisfazione sull'offensore o la famiglia di lui, la qual cosa mutava le città in altrettanti teatri di lotte e zuffe interne, alle quali da un lato e dall' altro non partecipavano solo i parenti ma tutto il casato e i membri delle compagne o società o consorterie a cui l' offeso era iscritto se trattavasi di offesa fatta da estraneo, e i vassalli. A questi mali provvidero le città imponendo tregue, facendo giurare paci fra le parti, obbligandole ad associarsi alla sentenza del giudice e non prendere le armi per un certo tempo; istituendo speciali magistrati detti pacieri, chiedendo la cooperazione di tutti i cittadini perchè si facessero le paci, carcerando e punendo in altri modi gli offesi che non volevano accettare la riconciliazione dopo che la pena era stata soddisfatta, condannando alla berlina e alla frusta le donne che incitavano i loro mariti alle vendette. E perchè fossero tolte le cause e gli incentivi a nuove discordie, dopo le pene espiate e le paci giurate, così in molti luoghi, vietavasi al reo, specie agli omicidi, restare nella città in cui abitavano i parenti dell'ucciso, se non avevano fatto e giurato la pace fra loro; oppure vietavasi mostrarsi in pubblico, e cercavansi altre misure perchè reo e vittima non avessero a incontrarsi. Da parte loro le consorterie e le corporazioni vietavano ai loro membri di abbandonarsi a inimicizie fra loro, ma doveva accettare le paci che stabilivano i loro capi (Pertile, § 160). Questo stato di cose durò fino al principio del sec. XVI e in alcuni luoghi anche più tardi, ma ovunque sempre decrescendo, bandito dall'azione della Chiesa che approfittava di certe feste religiose per far stringere le paci e assopire gli odii, dall'influenza del diritto romano, dal progredire della civiltà, dall' ingentilirsi dei costumi, dallo scomparire del feudalismo, dal rafforzarsi dell'autorità politica, dall'ordinarsi di una polizia preventiva e giudiziaria, dal sostituirsi delle pene restrittive di libertà alle com-

posizioni pecuniarie, dall'introdursi del procedimento inquisitorio, dalle modificazioni introdotte nel sistema delle prove, e anche dallo scomparire delle bande di avventurieri che si assoldavano per le guerre private e dal loro trasformarsi in truppe regolari. Il diritto penale come il processuale è quello che più riproduce la vita civile, positiva e intellettuale di un popolo e ne riflette tutti i mutamenti.

312. Il risorgere del diritto romano fece presto sentire la sua azione specialmente nel campo penale; imperocchè i magistrati delle città italiane nei sec. XIII e XIV essendo per lo più o dottori o già studenti del giure romano, apprezzarono presto la superiorità delle pene romane e avversarono il sistema germanico delle composizioni. Essi, che erano magistrati e legislatori, si fecero fautori delle pene corporali che fino allora erano applicate, solo per certi reati di ordine pubblico, e sussidiariamente quando cioè la composizione non veniva pagata. Nella legislazione di questo tempo notasi da una parte il singolare elevarsi delle pene pecuniarie, il che prova tanto il crescere della ricchezza quanto lo sforzo di sostituire alle pene pecuniarie altre pene; e dall'altra la grande applicazione di pene capitali, mutilazioni, esilio, confisca di beni, carcerazione, bando e perdita dei diritti civili, nel modo che indicava il diritto giustinianeo, al quale per la parte penale e criminale andaronsi sempre più accostando gli statuti nelle loro successive riforme. Che se l'azione della teoria romana non fu tosto completamente efficace per quanto si riferiva al carattere e alla misura delle pene, lo fu invece per quanto si riferiva al tentativo, al reato mancato, al concorso di più persone in un solo delitto e di più delitti in una sola persona, in quanto al dolo criminale che si trattò alla stessa stregua del civile. Siccome però in questi primordi della scienza il diritto romano non fu sempre felicemente interpretato, e ciò pei preconcetti derivanti dal giure canonico e dalle tradizioni locali, così nelle loro teorie ed applicazioni non mancano equivoci ed anche enormità, specie nell'infliggere le pene con raffinate crudeltà mal palliate, con giustificazioni di testi romani. In tal modo alle deficienze del diritto criminale romano, ai suoi errori (come la tortura) aggiunsero altri errori, inconseguenze, arbitrii (come l'avere accresciuto i casi a cui applicare la legge *julia de maiest.*); non si liberarono dai concetti germanici sul delitto e sulla pena, nè accolsero interamente i romani: sovrapposero la loro dottrina alle consuetudini, e non cedettero in tutto a queste: cosicchè le opere di esse, come le leggi del tempo riflettono un periodo di transizione, il quale se è degno di grande studio perchè nel suo corso si formularono molte e importanti dottrine, appare uno dei più tristi per la severità e non pro-

porzionalità delle pene, per i fini di intimidazione che la giustizia criminale si proponeva, pei sistemi probatorii, per l'incerto contenuto di alcuni reati come di quelli di lesa maestà e di eresia.

Le fonti romane principali da cui i giuristi italiani scaturirono le loro dottrine sono i *libri terribiles* (XLVII e XLVIII) del Digesto, e il IX del Codice. Spesso però ricorsero alla *lex lombarda*, come per le robarie e le tregue, e nei reati che erano compresi sotto il titolo *de vi privata et publica*. Spessissimo al diritto canonico; da esso trassero le teorie sul *casus*, la *culpa*, la partecipazione, quelle sull'eresia (*crimen laesae maiestatis divinae*), sul sortilegio, sui delitti carnali, sull'infanticidio, sull'aborto. Il loro diritto penale non è astratto, ma strettamente è collegato alle consuetudini e leggi del loro tempo, la cui azione ispirata a idee germaniche rivelasi spesso (come nella distinzione fra *vulnerare* e *percutere*, nel venefizio, nell'incendio, nei danni dati da animali o servi *iniuria*. Anche dove più forte si fa sentire la riproduzione dei concetti romani (come nell'omicidio, trattato secondo la legge *Aquil.*, e la legge *de sicariis*, nel furto), non mancano le innovazioni e correzioni che suggeriva la pratica.

Nelle dottrine generali la loro emancipazione dal diritto romano è grandissima. Per esempio, prescindono completamente dalla *voluntas*, ma come i Germani tengono solo all'*exitus*. « Statuta per Italiam ponunt factum, non animum; unde nisi quis interficiat, licet fuisset animus occidendi, non tamen tenebitur de sicariis ». Nessuna dottrina sull'intenzionalità. Così respinsero sulla base della *consuetudo* la punizione di molti atti preparatorii con pena eguale a quella comminata pei reati compiuti (come voleva la *L. Cornelia*), e sulla stessa *consuetudo* regolarono le pene pel furto, la rapina, ecc.

Anche la dottrina sul *maleficium cogitatum*, *flagitium imperfectum* o *conatus* fu da essi formulata per la prima volta con indipendenza dalle idee romane (1). Lo stesso è anche per la legittima difesa. Però queste dottrine sulla generalità del reato non costiuivano per essi una parte a sè: incidentalmente ne trattarono nelle varie fattispecie criminose: perlocchè non sempre riscontrasi perfetta coerenza. Essi per primi distrigarono la confusa materia del falso civile ed il falso penale che comprendeva innumerevoli reati.

Colla giurisprudenza di questo tempo comincia a comparire una distinzione fra delitti e crimini, senza però che fosse determinata la linea che li separava (Angelo de Gambilionibus di Arezzo). Delitto era tutto quello che poteva essere punito da una pena afflittiva; ma siccome quella era lasciata all'arbitrio del giudice, la qualifica del fatto dipendeva da lui, e quindi la giustizia poteva collocare un fatto nella classe dei delitti o in quella dei crimini. Una teoria sul foro comincia a comparire nel secolo XV. E la scienza moltiplicò le distinzioni. Vi fu quella fra crimini capitali o no, anche questa essendo arbitraria, non aveva alcun

(1) Seeger, *Ausbild. d. Leher vo Versuche der Verbrechen in d. Wissensch. d. M. A.*, 1869.

valore: vi fu quella di crimini privati e pubblici, atroci qualificati e leggieri, ecclesiatici e laici: nessuna è basata su considerazioni scientifiche, nello stesso modo che anche pei secoli XVI e XVII mancano dottrine comunemente accettate nell'imputabilità, la responsabilità, la colpabilità intenzionale. Anche elastico era il sistema delle aggravanti e delle attenuanti. Circostanze attenuanti erano: la lunga durata dell'accusa (sebbene Campanella scrivesse essere richiesto dal prestigio dell'autorità che un processo molto prolungato debba finire colla condanna anche se il prevenuto è risultato innocente) — la collera, il furore, la demenza, il timore, l'ebbrezza, l'amore, la giovinezza, la senilità, l'imprudenza, l'imperizia, la rusticità, il sesso, la parentela, la commiserazione, la confessione, la posizione elevata dell'accusato, i servizii resi al paese, i talenti, la povertà, il commando, la buona riputazione, il mancato compimento del reato, la reciprocità delle ingiurie, l'avvenimento fortunato come la vittoria sul nemico ottenuta trasgredendo ad ordini.

313. Straordinarii sono i vizii di questo tempo nell'applicazione delle pene. Anzitutto atrocità e barbarie; supplizii orribili; la pena di morte applicata pei reati piccoli e in modi spaventosi. Il falso monetario, quale reo di lesa maestà (1), era arso vivo, così l'incendiario, l'eretico, il falsario, il sodomista, l'esercente magìa o sortilegio, il ladro domestico, l'assassino, il grassatore. I banchieri, secondo Pramm. napol., avevano pena capitale se abusavano del denaro deposto perchè pubblica è la fede dei banchi: se frodavano e fuggivano erano forgiudicati, come pubblici ladroni senza aver conto della nobiltà. Si usò la ruota, lo squartamento, le tanaglie roventi, la forca pei plebei, la decapitazione pei nobili, e tanti altri spaventosi supplizii quali inventò la fantasia dei tiranni del sec. XV. Orribili erano le carceri senza luce, aria, pulizia, erano forni, pozzi, piombi, cave. I carcerati in ceppi, insieme ai pazzi ed alle meretrici, dovevano pagare ai carcerieri il vitto; e sempre dovevansi alimentare del proprio. I poveri vi morivano di fame; i ricchi vi godevano qualunque agio. Si usava anche murare i condannati o metterli in gabbie. Comuni le pene infamanti, la berlina, il marchio, la cavalcata sull'asino colla mitria in testa, il taglio delle chiome alla adultera: — le mutilazioni della lingua ai bestemmiatori, della mano agli spergiuri, dei piedi ai ladri, delle narici ai lenoni. Frustato chi teneva concubina: deportato chi si batteva in duello. Negli antichi tempi era ammesso il riscatto delle pene corporali pagando forti somme.

Nessuna proporzione fra la pena e il reato, nessuna gradazione fissa, tutto lasciato all'arbitrio del giudice, eccessive punizioni

(1) Salvioli, *Dir. monetario* p. 74-91; sulla lesa maestà v. Knitschky, 1874; De Pilla, *Reati contro la sicurezza dello stato*, I, 1888.

inflitte a semplici contravvenzioni; omicidio mancato assimilato al consumato (Milano): il recidivo in piccolo reato punito colla morte. Se gli indizii non erano tali da poter applicare l'estremo supplizio, libero al giudice di applicare il carcere perpetuo (Piemonte). Se non si trovava il reo, puniti i parenti, i conterranei pei reati altrui, infamati i discendenti per le colpe dei padri: ecco alcuni dei principali appunti al diritto criminale di questo tempo.

CAPO III.

IL DIRITTO PENALE DAL SECOLO XVI AL XIX (*).

314. Anche nel secolo XVI e fino al tramonto del secolo XVIII continuano le stesse incertezze e contraddizioni nelle leggi, gli arbitri, del giudice, le inutili ferocie, le esagerate incriminazioni. I diritti dell'umana personalità sempre erano conculcati. La legge penale non è ancora eguale per tutti, lascia impuniti parecchi fatti rimettendoli all'arbitrio del giudice, senza freno di sorta: onde infiniti disordini. Il malefizio continuò a non essere guardato dal punto di vista della conculcata giustizia ma da quello degli interessi sociali. Quindi egual severissima punizione dei delitti di religione, bestemmia, sacrilegio, falsa moneta, falso in genere, bestialità, ecc. quindi le molte fattispecie a cui applicare le atrocità delle pene per lesa maestà, quindi la punizione di atti interni che offendono la morale, penetrandosi così nell'interno del pensiero. I governi ereditarono dalle signorie dei Visconti, e di tutti gli altri tiranni, la prodigalità di supplizii e punizioni eccessive e crudeli, e ad ogni supplizio corporale aggiunsero la confisca dei beni: e mantennero gli stessi abusi e vizii come estendere la pena del padre reo ai figli innocenti, punire i morti impiccandoli in effigie, disper-

---

(*) **Bibliografia** — Allard, *Hist. de la justice criminelle au XVI s.*, 1868; Ortolan, *Hist. du dr. crimin. en Europe depuis le XVIII s.*, 1841; Du Boys, *Hist. du dr. crim. de la France depuis le XVI s. comparé avec celui de l'Italie*, ecc., 1872; Nypels, *Introd. hist. sur les lois pénales publ. en Europe depuis la fin du XVIII s.*, 1851; Pessina, *Progressi del dir. pen. in Italia nel sec. XIX*, Opuscoli, p. 83-240. Su Carrara v. Genovesi, 1887; Scalvanti, 1888. — Sulle carceri v. Beltrami-Scalia, *Governo e riforma delle carceri*, 1868, c. 3-5. Altre notizie sulla storia del diritto penale di questo periodo e su alcuni celebri processi trovansi in Kostlin, Bar, Pertile, Lamantia, Valletta, Rapolla (per Napoli), Zobi per la Toscana, Verri, Manzoni, *Colonna infame;* Cantù, *Beccaria*, per Milano; come per l'applicazione della tortura e sui manuali che ne informano vedi anche Berti, *Vita di Galilei*, *Giordano Bruno;* altri scritti di Ademollo, ecc.

dendone le ceneri e ripetendo dagli eredi le pene pecuniarie. Nuove punizioni introdussero come la galera: nè migliorarono le carceri che continuarono a essere non luoghi di correzione ma di tortura, sepolture e sentine di depravazione, anche perchè uomini e donne stavansi confusi. Qualche miglioramento vi avevano introdotte alcune congreghe o collegi di avvocati (come a Milano) ed opere pie colle visite ai carcerati specie a Roma, ed a Firenze (Scanaroli, *De visitatione carcerati*).

Se il sistema penale e penitenziario non aveva progredito, invece molti progressi aveva compiuto la dottrina tanto nella parte generale che nella speciale, progressi che — grazie all'azione dei *consulentes* e dei giudici divenuti permanenti e migliori laddove era cessata la venalità delle cariche e che quindi erano più acconci a far tesoro della scienza e dell'esperienza, — passarono anche nella pratica applicazione delle leggi ferree che furono per quanto possibile, mitigate. La scienza penale italiana del sec. XVI precorreva i tempi e i legislatori, i quali non abbandonarono le armi di intimidazione che verso la fine del secolo XVIII. Molte innovazioni nella procedura criminale, nella proporzionalità delle pene, nel regolare gli arbitrii del giudice, nel limitare le crudeltà dei supplizii introdussero Bossio, Deciano, Claro, ecc., che seppero spogliarsi delle abitudini e tradizioni forensi per esaminare con indipendenza tanto le norme del *jus comune*, quanto il diritto statutario. Il che non vuol dire che non abbiano in molti e molti casi sagrificato ai pregiudizii dell'epoca, abusando delle pene, moltiplicando i reati di lesa maestà, di eresia, e quelli da punirsi con pena arbitraria riconoscendo al principe *ex plenitudine potestatis* il diritto di aggravare la pena stabilita (Bossio), di avvelenare i rei e perfino di ucciderli e poi giudicarli e anche far senza del regolare permesso. Ma nello stesso tempo autorizzarono il giudice a investigare se la fattispecie criminosa era compresa non in modo generale ma speciale nelle parole della legge, se invece si doveva applicare la pena straordinaria che era sempre più mite: e alle circostanze attenuanti (che Maradei portò fino a 40) diedero grande importanza. Annullarono le multe eccessive, ne esentarono i doveri, ne vietarono la commutazione in pene corporali. Anche in ordine alla recidiva Farinaccio pone principii molto equi, volendo che la si abbia solo se il reo peccò *in eodem vel simili genere mali* entro 3 anni dalla prima condanna.

Essi basarono l'imputabilità sulla base romana: « In maleficiis voluntas spectatur, non exitus »: studiarono il dolo e lo distinsero in premeditato e in non premeditato: formularono definitivamente dottrine che per l'innanzi erano state appena accennate o non chiare. Così fecero per la valutazione dei varii momenti del delitto in modo più consono

alla ragione, pel tentativo che vollero punito, ma proporzionando la pena alla gravità degli atti compiti. Distinsero gli atti in remoti e vicini. Il prossimo nei grandi crimini eguagliarono nella pena al crimine stesso. Non riconoscevano tentativo se l'autore non era arrivato all'atto di esecuzione più vicino al reato. Più retrive sono le idee di Claro e Farinaccio sulla complicità, e sulla diversa quantità di partecipazione al reato, perchè eguagliarono agli autori principali i mediatori, i consiglieri e perfino quelli che conoscevano il progetto del reato e non l'hanno rivelato pel caso di lesa maestà, di delitti commessi fra sposi, padre e figlio e di quelli contro un amico. — In quanto ai singoli reati ne precisarono spesso bene la natura, i limiti e gli estremi, ne diedero costruzioni che hanno il vantaggio di essere desunte dalla pratica. Tutte le più notevoli dottrine trovansi nelle loro opere degli antichi penalisti italiani o enunziate o formulate. Solo pei reati di lesa maestà (Gigante), e di religione, di bestemmia pei generi di pena e pel procedimento giudiziario si mantennero ligii alle tradizioni della scuola e del foro; come pei reati contro la sicurezza e quiete individuale, cioè pel sequestro di persone, violazione di domicilio, rottura di pace, nimicizie (Guazzini, *De pace et tregua;* Moroni, *id.*, 1570; Vulpelli; Herculani; Baroni, *De inimicitia et de cautione de non offendendo*, 1618), cercarono dare forma scientifica e sistematica a questi istituti e a idee di origine germanica e medioevale.

315. Finora i giureconsulti più che interpreti erano stati legislatori tanto era lo spazio che le leggi e le tradizioni forensi lasciavano alla loro azione: e poichè le loro opinioni non erano concordi, così tutto dipendeva da ciò che pensava il giudice, dalle sue simpatie, dall'arbitrio insomma. Contro tutti questi traviamenti ed errori, una prima ma debole voce si alzò fin dal sec. XVI quando Alessandro Boromini e G. Bottero invocarono pene emendatrici. Anche la scuola del diritto naturale doveva significare reazione, ma i suoi effetti non furono sensibili nella scienza nè nella legislazione. Soltanto nel sec. XVIII i filosofi francesi ed inglesi cominciarono a porre il problema della ragione di essere delle pene, della legittimità dell'azione sociale sui diritti dell'uomo, e staccarono il diritto criminale dalla teologia. Il libro del Beccaria segnò la fine degli errori passati. Alla pena altri scopi, non gli angusti della intimidazione presuntrice, furono assegnati nelle successive legislazioni e tutte le parti esaminate secondo ragione e alla stregua dei veri morali che rivelavano le trasformate dottrine filosofiche ed etiche di Germania. Ma se il concetto della pena era mutato, nella costruzione giuridica del reato e delle fattispecie criminose, nulla di quanto vi era di buono, di sano, di ragionato nelle opere dei passati criminalisti andò perduto. Le tradizioni della scienza passata sopravvissero, fondamento a nuovi progressi. Molte di quelle idee allora enunziate per attutire il rigore delle pene, sono in questo secolo divenute i germi di importanti teorie. Una nuova vita — antesignana l'Italia — si manifestò nel movimento progressivo delle leggi criminali, dei sistemi penitenziarii.

INDICE ALFABETICO

A

D

E

F

G

H

I

J

L

M

N

O

P

T

11.